Actio und *obligatio* nach römischem und heutigem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Gerhard Sperling,

Referendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Breslau V

Druckerei Schenkalowsky Nachf.

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Literatur-Verzeichnis.

Affolter: Die celsinische *actio* und der Anspruch des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 31, S. 453ff.

Arndts v. Arnesberg: Lehrbuch der Pandekten, 1889.

Bekker: Über das Verhältnis von *actio* zu *obligatio*. In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 9, S. 366ff.

Die Aktionen des römischen Privatrechts, 1871, 1873.

Über Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts, und über die Bedeutung der römischen Aktionen für das heutige Recht. In der krit. Vierteljahresschr., Bd. 5, S. 389ff.

Streitfragen aus dem Aktionenprozeßrecht. In der Zeitschrift der Savigny-Stift. für Rechtsgesch., Bd. 24 (rom. Abt.), S. 345ff.

Sprachliches und Sachliches zum BGB. In Iherings Jahrb. für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 49, S. 1ff.

Überschau des geschichtlichen Entwicklungsganges der römischen Aktionen. In der Zeitschrift für die Savigny-Stiftung, Bd. 15 (rom. Abt.), S. 145ff.

Über den Einlassungszwang und wider die Methode aprioristischer Fragstellung in der Rechtswissenschaft. In der krit. Vierteljahresschr., Bd. 20, S. 321ff.

Böcking: Pandekten des römischen Privatrechts, 1853—1855.

Bolze: Der Anspruch. In Gruchots Beitr. zur Erläuterung d. deutschen Rechts, Bd. 46, S. 753ff.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1 u. 2, 1873—1892.

Zur römischen Rechtsgeschichte. In der krit. Vierteljahresschr., Bd. 11, S. 503ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1900.

Degenkolb: Einlassungszwang und Urteilsnorm, 1877.

Die Lehre vom Prozeßrechtsverhältnis. Im Arch. f. d. zivil. Praxis, Bd. 103, S. 385ff.

Dernburg: Pandekten, 7. Aufl.

Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches u. Preußens, 1906.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 1903.
Eisele: Zivilistische Kleinigkeiten. In Iherings Jahrb., Bd. 31, S. 360ff.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1903.
Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands, 1909.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1908.
Fischer: Recht und Rechtsschutz. Eine Erörterung der Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Zivilprozeß, 1889.
Lehrbuch des preußischen Privatrechts.
Über Wachs Handbuch des Zivilprozesses. In der Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 10, S. 406ff.
Girard: Geschichte und System des römischen Rechts, 1908.
Hartmann: Die Obligation. Untersuchung über ihren Zweck u. Bau, 1875.
Hasse: Über das Wesen der *actio*. Im Rhein. Museum für Jurisprudenz, Bd. 6.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht, 1900.
Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 1903.
Hinschius: Ist bei der Geltendmachung eines dinglichen Rechts zur Substantiierung des Anspruchs die Angabe des Erwerbsgrundes in der Klagschrift erforderlich? Im Archiv für die zivilist. Praxis, Bd. 47, S. 101ff.
Hölder: Pandekten. Allgem. Lehren, 1891.
Kommentar zum BGB. I, 1900.
Die Normierung der Verjährung im Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 11, S. 217.
Hugo: Zivilistisches Magazin, Bd. 1, 3, 4 u. 5.
Isay: Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. In Iherings Jahrb., Bd. 48, S. 187ff.
v. Ihering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung, Teil 1 u. 2, 1878, 1880.
Der Besitzwille, 1889.
Keller-Wach: Der römische Zivilprozeß und die Aktionen, 1883.
Klingmüller: Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, 1905.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 u. 2, 1906.
Substanzrecht und Wertrecht. Im Archiv für die zivil. Praxis, Bd. 91, S. 155ff.
Recht und Prozeß. In der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 14, S. 1ff.
Der Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888.
Kuntze: Die Obligationen im römischen und heutigen Recht, 1886.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1903.
Lenel: Der Prätor in der *legis actio*. In der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Bd. 30 (rom. Abt.) S. 329ff.

Leonhard: Institutionen des römischen Rechts, 1894.
Der Anspruchsbegriff des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In der Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 15, S. 327 ff.
Der allgemeine Teil des BGB. 1900.
Muther: Zur Lehre von der römischen *actio* usw., 1857.
Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
Puchta: Pandekten, 1876.
Regelsberger: Pandekten I, 1893.
v. Savigny: Das Obligationenrecht, Bd. 1, 1851.
System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, 1841.
Schloßmann: Der Vertrag, 1876.
Schott: Das Gewähren des Rechtsschutzes im römisch. Zivilprozeß, 1903.
Römischer Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft, 1904.
Schultze: Privatrecht u. Prozeß in ihrer Wechselbeziehung, Teil I, 1883.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, 1903.
Staudinger: Kommentar zum BGB., Bd. 1 u. 2, 1910.
Stein: Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, 1903.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910.
Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1892.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 1885.
v. Wächter: Pandekten, 1880, 1881.
Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses, 1878.
Windscheid: Die Aktio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1 u. 2, 1906.
Wlassak: Römische Prozeßgesetze, 1888, 1891.
Artikel „*actio*" in Pauly-Wissowas Realencyklopädie.
Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. In der Zeitschrift für die Savigny-Stiftung, Bd. 25 (rom. Abt.) S. 81 ff.

Inhalts-Übersicht.

A. Römisch-rechtlicher Teil.

Seite

I. Begriff und Bedeutungen der *obligatio* 1

II. Begriff der *actio* 3
1. im rein formellen Sinne 3
2. im materiellen Sinne 4
a) während des Legisaktionenverfahrens 5
b) während des Formularprozesses 5
c) in der späteren Kaiserzeit 6

III. Verhältnis der *actio* zur *obligatio* 7
1. während des Legisaktionenverfahrens 8
2. während des Formularprozesses 9
3. in der späteren Kaiserzeit 23

B. Deutsch-rechtlicher Teil.

Vorbemerkung 25

I. Materielles Recht 26
1. Begriff des Forderungsrechts 27
2. Begriff des Anspruchs 28
3. Verhältnis des Forderungsrechts zum Anspruch und Vergleich dieses Verhältnisses mit dem römischen 32

II. Formelles Recht 38
1. Konstruktion des der *actio* im Prozeßrecht entsprechenden Begriffs 38
2. Verhältnis dieses Begriffs zum Forderungsrecht und Vergleich dieses Verhältnisses mit dem römischen 42

III. Innere Begründung des Gesamtergebnisses aus der geschichtlichen Entwickelung 43

C. Schlußwort.

50

A.

Es wird sich bei Erörterung der *actio* und der *obligatio* empfehlen, die *obligatio* zuerst einer Betrachtung zu unterwerfen, deshalb, weil die Darstellung dieses Begriffes sich bedeutend einfacher erweisen wird.

I.

Das Wort „*obligatio*" stimmt übersetzt Silbe für Silbe mit dem weitgehenden deutschen Ausdruck „Verbindlichkeit" überein. Kein Wunder also, daß man auch die beiden Begriffe zu identifizieren suchte. Man redete früher allgemein von *obligatio* da, wo diesem Begriffe nur ein Recht eines anderen, gleichviel welchem Rechtsgebiete es angehörte, entsprach. Gegen diese Ausdehnung des Begriffs auf das gesamte Rechtsgebiet einerseits und seine Beschränkung auf die Passivseite andererseits wandte sich zuerst Hugo[1]) und stellte drei Bedeutungen auf; *obligatio* bezeichne:

1. Die Tätigkeit des Obligierens, das Verbindlichmachen;
2. das Ergebnis des Obligierens: die Forderung des Gläubigers und Schuld des Schuldners;
3. das Pfandrecht.

Riedel[2]) wollte an die Stelle des Pfandrechts die Pfandurkunde setzen; diese Bedeutung wurde aber später als eine vierte neue neben dem Pfandrecht anerkannt. Das Ziel Hugos, welches später noch Savigny[3]) verfolgte, bestand also darin, die *obligatio* als relatives Recht von den absoluten zu

---

[1]) Hugo, Ziv. Magaz., Bd. 1, S. 68, bes. Bd. 3, S. 390ff.
[2]) Riedel, Ziv. Magaz., Bd. 5, S. 91.
[3]) Savigny, Obl.-R. 1, S. 12ff.

scheiden, wie wir es heut gewohnt sind. Hier taucht nun gleich die Frage auf, warum denn späterhin die *actio* nicht mit dem *ius* als Ganzen in ein Verhältnis gesetzt werden soll, sondern nur mit einem beschränkten Teile desselben; entsprechen doch auch absoluten Rechten *actiones*, wenn sie auch meist besondere Namen *(rei vindicatio, hereditatis petitio)* führen. Der Grund der Beschränkung liegt darin, daß bei absoluten Rechten eine Beziehung von Person zu Person von vornherein noch nicht vorhanden ist, während bei der *obligatio* und *actio* eine solche besteht.

Von den Bedeutungen der *obligatio* interessieren für unsere Aufgabe höchstens zwei: die *obligatio* als Forderung resp. Schuld und das Pfandrecht. Diese beiden Begriffe sieht Brinz[4]) als Abarten desselben Institutes *obligatio* an und unterscheidet so *obligatio personae* und *obligatio rei*. Das beiden Gemeinsame sei die „Haftung" d. h. das Einstehenmüssen im ersteren Falle der Person, im letzteren der Sache. Auch bei der *obligatio personae* liege also ein Recht auf Leistung nicht vor; doch da hier die Person für ihre Person hafte, gibt Brinz zu, daß so indirekt das Ergebnis der durch *obligatio* allein begründeten Haftung ein Leistensollen sei. Macht Brinz also doch wenigstens einige Zugeständnisse, so suchte und sucht Bekker[5]) bis in die neueste Zeit den Satz aufrecht zu erhalten, daß jede *obligatio* nur eine Haftung begründe. Zu dieser Anschauung kommt er auf Grund seiner rein formalen Auffassung der *obligatio* im Sinne von *actione teneri;* die näheren Ausführungen darüber gehören in die Erörterung des Verhältnisses von *actio* und *obligatio*. Ausschließlich den Begriff der Haftung mag vielleicht das älteste römische Recht, ähnlich wie das germanische, mit dem Worte *obligatio* verknüpft haben;[6]) für das entwickelte römische Recht halte ich diese Anschauung

---

[4]) Brinz, Pand. § 206 ff.

[5]) Bekker, Akt. I, S. 7; Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9, S. 403; Iherings Jahrb. Bd. 49, S. 53.

[6]) Vgl. Klingmüller, D. Lehre v. d. natürl. V., S. 270 f.

für verfehlt.[7]) Vorstehende Worte glaube ich einfügen zu müssen, da neuere Autoren, von Brinz' Lehre ausgehend, die römische *obligatio* in schroffen Gegensatz zur modernen Obligation stellen wollen.[8])

So kann von nun an auch die Bedeutung „Pfandrecht", die nur vorstehende Betrachtungen vermittelte, ausscheiden.

Die römische Legaldefinition[9]) der *obligatio* lautet: *„Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae"* und dieses *solvere* wird in der l. 3 pr. D. 44,7 näher erläutert als ein *dare, facere, praestare.* Begründet das *iuris vinculum* auch nicht eine (wenigstens partielle) Unterordnung des Schuldners unter den Willen des Gläubigers, wie Savigny[10]) lehrte, so geht doch aus dem Wortlaut dieser Stelle m. E. klar hervor, daß die Haftung nur als Ersatz für den Notfall gedacht ist; das Primäre ist die Verpflichtung zur Leistung.

Alles Übrige aus dem Gebiet der stark umstrittenen *obligatio* halte ich im Hinblick auf das Thema für entbehrlich.

II.

Die Bedeutung des Wortes *„actio"* ist hauptsächlich durch Wlassak[1]) in ein klareres Licht gesetzt worden.

1. Die *actio* des *ius civile* bedeutet nach Wlassak jede rechtswirksame formale Handlung, mag sie nun auf Rechtsverfolgung (so die *legis actiones*) oder auf den Abschluß eines Rechtsgeschäfts (so z. B. die *mancipatio*) gerichtet sein. Allmählich brachte man das Wort ausschließlich mit dem Prozeß in Zusammenhang. Man verwandte es zur Bezeichnung des ganzen Prozesses, in einem engeren Sinne

---

[7]) Vgl. dazu Ihering, Geist d. röm. R. I, § 11a; Hartmann, Die Oblig., S. 28; Kohler, Lehrb. d. bürgerl. R. II, S. 11; Siber, Rechtszwang im Schuldverh., S. 2.

[8]) z. B. Kuhlenbeck i. Staudingers Komm. z. BGB., Vorbem. zu § 241.

[9]) Pr. J. II, 13.

[10]) Savigny, Obl.-R. Bd. 1. S. 4.

[1]) Wlassak, Art. *„actio"* in Paulys Realencykl.

für die solennen Worte, mit denen die Parteien vor Gericht gegen einander auftraten; in einem engsten Sinne bezeichnete man mit *actio* die formalen Worte des Klägers allein.

In der späteren Entwicklung verwandelte der Prätor die alten Spruchformeln zu Schriftformeln und nahm in weitgehendstem Umfange Ergänzungen und Abänderungen der alten Formeln vor. Mit dem Verschwinden letzterer ging der Name *actio* auf die Schriftformeln über. Daß die Edikte der Prätoren durchgängig ein *„iudicium"* und nicht eine *„actio"* verheißen, hängt mit der ursprünglichen Bedeutung der *actio* zusammen.

In der späteren Kaiserzeit wurde zwar das Agieren mit bestimmter Formel beseitigt. In der Zustellung des Klaglibells sah man aber einen Ersatz für die frühere *editio actionis* und nahm keinen Anstoß, das Wort, welches nun eigentlich nicht mehr paßte, weiter zu gebrauchen.

2. Von der *actio* in diesem Sinne handelt der 6. Titel des 4. Buches der Institutionen; das *principium* enthält die Legaldefinition: . . . . *„Actio nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio, quod sibi debetur."* Sieht man aber näher zu, so wird man bald die Überzeugung gewinnen, daß der *actio* in diesem Sinne eine gehaltvollere Bedeutung neben der bisher erwähnten zukommen muß. Es liegt die Vermutung nahe, daß die Begriffsbestimmung hier irrtümlich an falsche Stelle gesetzt worden ist.[2]) Sie ist wiederholt in der l. 51 D. 44,7, wo sie weit besser in den Zusammenhang paßt.

Die Frage nun, was *actio* in diesem Sinne bedeute, wird schon lange umstritten; Schott[3]) gibt die Hoffnung auf, daß in diesem Punkte jemals werde Einigkeit erzielt werden. Die meisten Erklärungsversuche setzen die *actio* in so nahe Beziehung zur *obligatio*, daß ihre Besprechung aufgeschoben wird.

---

[2]) Vgl. Wlassak, *„actio"*.

[3]) Schott, Röm. Zivilproz. u. mod. Proz.-Wiss., S. 77.

Die Definition bringt die *actio* in nahen Zusammenhang mit dem *iudicium*, dem Gerichtsverfahren. Da dieses verschiedene Wandlungen durchgemacht hat, dürfte auch die *actio* ihren Sinn geändert haben.

a) Im Legisaktionenverfahren mußte man, wie der Name schon besagt, *lege agere*, d. h. man mußte mit einer Spruchformel prozessieren, deren Inhalt einer *lex* entstammte. Die Zahl dieser *leges* war eng umgrenzt, somit auch die der *actiones* Man konnte sagen: *nulla legis actio sine lege.*[4]) Es kam also darauf an, das Begehren genau unter den Wortlaut einer der Spruchformeln zu bringen. War das gelungen, so war die gerichtliche Verfolgbarkeit (*actio*) selbstverständlich; denn das Gesetz war für das Gericht ebenso verbindlich wie für die Parteien.[5]) Immerhin machte sich schon hier ein gewisser Einfluß des Gerichts geltend: direkt auf das Gesetz konnte der Kläger sein Verlangen nicht gründen; er mußte es in die, wenn auch im wesentlichen mit der *lex* übereinstimmende, Gerichtsformel bringen.

b) Beim Aufkommen des Formularverfahrens mußte die *actio* eine starke Wesensänderung erfahren. Denn jetzt übte eine neue Macht einen bestimmenden Einfluß auf das gesamte Rechtsgebiet aus: die weitgehende Amtsgewalt des Prätors. Neu nicht insofern, als es früher keinen Prätor gegeben hätte, sondern neu, insofern ihm nun bedeutsame Befugnisse übertragen wurden. Die Schriftformel, welche er erteilte, und welche der Kläger dem *iudex* vorweisen mußte, war nach wie vor eine Gerichtsformel, die also einer Rechtsnorm die für den Gerichtsgebrauch passende Form gab. Die Hauptsache aber bestand darin, daß die Rechtsnorm selbst einen ganz anderen Charakter annahm oder wenigstens annehmen konnte.

---

[4]) Girard, Gesch. u. Syst. d. röm. R., S. 1061.

[5]) So auch Ihering, Geist d. röm. R. II, 2, S. 655.

Häufig werden die Schriftformeln des Prätors nichts weiter als eine Überarbeitung alter Spruchformeln dargestellt haben. Aber — und darin lag die neue Macht des Prätors — er gewährte auch *formulae*, welche das Zivilrecht änderten, ergänzten oder gar im Widerspruch mit ihm standen. Die Folge mußte sein, daß die *actio*, das Recht auf gerichtliche Verfolgung, stark beeinträchtigt wurde. Die *formulae*, welche der Prätor öffentlich aufstellte, boten dem Kläger nicht mehr die Garantien, wie einst die unabänderlichen *legis actiones*; der Prätor band sich durch ihre Aufstellung nicht selbst;[6]) noch weniger waren sie für seine — doch so rasch wechselnden — Amtsnachfolger verbindlich. Die im Edikt proponierten *actiones* mußten zur bloßen Aussicht auf gerichtliche Verfolgung herabsinken,[7]) aber desto begehrenswerter erscheinen, je weniger selbstverständlich die gerichtliche Hilfe wurde. Von diesem Standpunkte aus kann man in der Definition des Celsus (l. 51 D. 44,7) einen Mangel erblicken. Von der *actio* als *ius persequendi* ist zu seinen Zeiten erst dann zu reden, wenn der Prätor Gewährung des *iudicium* im konkreten Falle zugesagt hatte.[8])

c) In der späteren Kaiserzeit fiel das Formelwesen ganz fort. Dem Prätor wurde der Einfluß auf die Rechtsbildung genommen. Die Rechtsnormen erhielten wieder eine feste Umgrenzung, wurden wieder für die Parteien und den Richter bindend und konnten nur im Wege der Gesetzgebung ergänzt, abgeändert oder aufgehoben werden.[9]) Aber auch der geringere Einfluß, den das Gericht zur Zeit der *legis actiones* auf die Rechtsverwirklichung geübt, wurde durch die Beseitigung jedes

---

[6]) Vgl. Brinz, Krit. Viertelj., Bd. 11, S. 484.
[7]) Vgl. Fischer, R. u. Rechtsschutz, S. 65.
[8]) Vgl. Leonhard, Inst. § 153; Ztschr. f. Zivilproz., Bd. 15, S. 335.
[9]) Vgl. dazu Schultze, Privatr. u. Proz. I, §§ 38 u. 38a.

Formelwesens ausgeschlossen. So brauchte auf dieser Stufe der Kläger nur direkt die Rechtsnormen zu befragen, um sich zu vergewissern, ob sein Begehren gerichtlich verfolgbar sein werde.[10])

III.

Der Digestentitel 44,7 handelt *de Obligationibus et de Actionibus.* Diese auffallende Zusammenstellung dürfte auf einen engen Zusammenhang der beiden Begriffe schließen lassen. Die dahingehende Ansicht vertrat entschieden Hugo[1]) in seinem „Zivilistischen Magazin". Er beruft sich auf Theophilos, einen Mitarbeiter an den justinianischen Institutionen, der mehrfach deutlich von den *obligationes* als *„matres" actionum* redet und beide Begriffe als eng zusammengehörig behandelt. Die gleiche Auffassung kehrt bei fast allen Glossatoren der Institutionen wieder.[2]) Eine andere Ansicht[3]) geht davon aus, daß die *obligationes* als *res incorporales* dem *ius, quod ad res pertinet,* zuzuweisen seien. Sei das richtig, so setze sich die erste Auffassung mit der obersten Einteilung *(summa divisio)* der Institutionen des Gaius und Justinians in Widerspruch.[4]) Die *obligationes* würden dann nicht in das Gebiet der *actiones* gehören. Die Zusammenstellung in D. 44,7 könnte nur eine äußerliche sein. Dennoch möchte ich mich der Ansicht Hugos anschließen. Denn in der Tat besteht, wie unten darzulegen sein wird, ein inniger Zusammenhang zwischen den beiden Begriffen. Freilich wird die Ansicht, die *obligatio* sei die *mater actionis,* wenigstens für das klassische römische Recht verworfen werden müssen. Gibt man so auch zu, daß jener Digestentitel die *obligationes* und *actiones* als zusammengehörige Begriffe auch gemeinsam behandle, so dürfte in ihm doch kaum eine Darstellung

---

[10]) So Leonhard, Inst., S. 460.

[1]) Hugo, Zivilist. Magazin, Bd. 4, S. 1—50, Bd. 5, S. 385—431.

[2]) Vgl. Böcking, Bd. 1, Anhang zu § 28, Note 15.

[3]) Vgl. Böcking a. a. O.; Savigny, System I, S. 401 ff.

[4]) Vgl. Gaius I, 8; § 12, J. I, 2.

des Verhältnisses von *actio* und *obligatio* beabsichtigt sein. Die folgende Ausführung wird sich daher an diesen Titel nicht anlehnen.

Das Verhältnis der *actio* zur *obligatio* muß sich, je nach der Bedeutung, die man der *actio*, einem seiner Glieder, zumißt, verschieden gestalten.

1. Im alten Verfahren war die Zahl der zu Gebote stehenden *legis actiones* fest begrenzt wie die der *leges*.[5]) Da noch keine gediegene Rechtsordnung bestand, so mußten sich Lücken bemerkbar machen. Zu deren Ausfüllung stand dem Gericht nur die — vielleicht weitherzige — Auslegung zur Verfügung. Dieser Rechtszustand mußte zu großen Härten führen. Aber der Magistrat konnte nicht helfen; er stand selbst unter dem Gesetz und hatte nur dessen Durchsetzung zu vermitteln. Aber andererseits bot dieser Zustand doch einen gewissen Vorteil. Es stand im voraus fest, was Rechtens sei. Eine neue Spruchformel konnte nur auf Grund einer neuen *lex* geschaffen werden.[6]) Paßte ein Klagformular, so war der Magistrat kraft seines Amtes verpflichtet, dem Begehren stattzugeben, im anderen Falle, es abzuweisen. Jedenfalls war er in diesem Punkte persönlich einflußlos.[7]) Deshalb braucht er aber nicht gleich zum bloßen „Figuranten" herabzusinken.[8]) Seine Mitwirkung zum Prozeß war erforderlich; mithin mußte ihm, wie Wlassak[9]) betont, das Recht zustehen, die Voraussetzungen des Prozeßvertrages zu prüfen, also auch das Recht, beim Mangel dieser Voraussetzungen die *actio* zu denegieren. Die Pflicht, einen *iudex* zu bestellen, könne nur die Bedeutung des Ausschlusses der magistratischen Urteilsfällung haben. Es ist ferner leicht denkbar, daß der

---

[5]) Vgl. dazu Schultze, Privatr. u. Proz. I, § 34.

[6]) a. M. Lenel, in d. Zeitschr. f. d. Savigny-Stift. Bd. 30, (rom. Abt.), S. 340 ff.

[7]) So Girard, Gesch. u. Syst., S. 1084.

[8]) Vgl. Lenel, a. a. O., S. 329 ff.; Wlassak, Savigny-Ztschr., Bd. 25, S. 81, 82, 83.

[9]) Wlassak, Proz.-Ges. II., S. 336.

Prätor als der Mann, der ja die beste Einsicht haben mußte, ob ein Gesetz sich bewährte, häufig Anregung zur Aenderung und Ergänzung der Gesetze gegeben und bei Beratung neuer Normen eine wichtige Stimme gehabt hat;[10]) aber immer waren es doch die gesetzgebenden Faktoren, die allgemein verbindliche Rechtssätze aufstellten. Infolge der starren Schranke, welche das Gesetz der richterlichen Tätigkeit setzte, mußte es dem einzelnen weniger darauf ankommen, was das Gericht sagen würde, zumal er dieses ja nur im Notfalle anzugehen gedachte. Es mußte ihm viel mehr daran gelegen sein, daß das Gesetz ihm ein Recht auf ein Tun oder Unterlassen des anderen *(obligatio)* zuschrieb; denn darin lag zugleich die Mahnung an den Schuldner, gutwillig zu leisten. Konnte man aber nicht auf friedlichem Wege zu seinem Rechte gelangen, so war die gerichtliche Verfolgbarkeit gewiß. Diese Gewißheit und die Abneigung gegen den Prozeß mußten in dieser Periode ein Uebergewicht der *obligatio* begründen, der gegenüber die *actio* eine untergeordnete, relativ unselbständige Rolle spielte. Trotzdem lag in den starren Formeln, deren man sich vor Gericht bedienen mußte, der Keim für den späteren Einfluß des Gerichts.

2. Ueber das Verhältnis, in welchem *actio* und *obligatio* zur Zeit des Formularverfahrens standen, sind im Laufe der Zeit verschiedene Ansichten aufgestellt worden.

Zuerst äußerte sich Hasse[11]) über das Verhältnis jener beiden Begriffe. Die *obligatio* bildet nach ihm die Grundlage für die *actio*. Letztere sei die privatrechtliche Befugnis, von dem Gericht Feststellung und Verwirklichung des Rechts zu fordern.

Ihre wesentliche Ausgestaltung erhielt diese Auffassung durch Savigny,[12]) und dessen Ansehen mag ihr wohl die starke Widerstandsfähigkeit verliehen haben. Savigny

---

[10]) Vgl. Lenel, in d. Ztschr. f. d. Savigny-Stift., Bd. 30 (rom. Abt.), S. 340.

[11]) Hasse, Rhein. Mus. f. Jurispr. Bd. 6, S. 10, 11.

[12]) Savigny, Syst. d. heut. röm. R., Bd. 5, §§ 204, 205.

leugnet (§ 204, S. 3) die Selbständigkeit der *actio* dem zugrundeliegenden Recht gegenüber. Die *actio* sei vielmehr nichts weiter „als die besondere Gestalt, welche das Recht infolge einer Verletzung annehme“ (S. 4). Die *actio* habe mithin ein Recht und dessen Verletzung zur Voraussetzung (S. 6). Das Recht erscheint hiernach in Gestalt der *actio* wieder, nachdem es eine Metamorphose, zu deren Eintritt die Rechtsverletzung den Anlaß gegeben, durchgemacht hat.

Einen noch extremeren Standpunkt nahm Brinz[13]) ein, der auch jene Metamorphose für entbehrlich hielt und die völlige Identität der *actio* und *obligatio* behauptete.

Abschwächungen der Theorie Savignys bedeuteten die Auffassungen von Puchta, Arndts, v. Wächter, Böcking, Kierulff und Unger.[14]) Diese Autoren legten der *actio*, wenn auch keine Selbständigkeit, so doch etwas eigene Wesenheit bei. Sie sehen ferner von dem Momente der Rechtsverletzung ab, da dieses zwar häufig gegeben, aber nicht erforderlich sei. So verstand Puchta unter *actio* im materiellen Sinne ein „Annexum“ des Rechts, zu dessen etwa erforderlicher gerichtlichen Verfolgung. Arndts sah in der *actio* ein dem Rechte innewohnendes Element, dessen Aufgabe der Schutz des Rechts sei. Nach Wächter ist die *actio* „das Mittel, ein uns zukommendes Recht zu verfolgen.“ Das Vorhandensein eines solchen Rechts sei ihre Voraussetzung; sie selbst bestehe nur zum Schutze des Rechts und richte sich in ihrem Wesen völlig nach ihm. Böcking hielt die *actio* für das Recht in seiner Geltendmachung. Aehnlich stellte Unger die *actio* als dem Rechte „immanent“ hin; es sollte *actio* nur eine Form des Rechts, das Recht im Kampfzustande, bedeuten. Nach Kierulffs

---

[13]) Brinz, Lehrb. d. Pand., § 92a.

[14]) Puchta, Pand., § 81; Arndts, Lehrb. d. Pand. § 96; v. Wächter, Pand. I, § 98, Württemb. Privatr. II, § 62; Böcking, Pand. d. röm. Privatr. I, § 131, Inst. I, § 51; Kierulff, Zivilr. I, S. 156, 157; Unger, System d. österr. allgem. Privatr. II, § 113.

Ansicht ist die *actio* schon, während das Recht noch im Ruhestande sich befindet, latent vorhanden. Sie tritt aber erst mit der Inanspruchnahme des Gerichts in die Erscheinung

Dieser tief eingewurzelten Grundauffassung gegenüber vertrat Windscheid[15]) eine bis dahin völlig neue Ansicht. Ohne zu behaupten, daß jener Gedanke den Römern fremd gewesen sei, erklärt er, daß er nur eine untergeordnete Rolle gespielt habe (S. 3); er weist der *actio* einen Platz neben, nicht hinter der *obligatio* an. Hat Windscheid hier nur die Zeit des Formularverfahrens im Auge, so kann ich mir nicht denken, daß den Römern trotz des behaupteten Übergewichts der *actio* jene doch gerade entgegengesetzte Anschauung sollte überhaupt zum Bewußtsein gekommen sein; überblickt er aber gleich den ganzen Entwicklungsgang der *actio,* so scheint mir seine Äußerung völlig berechtigt. Für die Zeit der *legis actiones* habe ich oben der Meinung schon Ausdruck gegeben, daß die *obligatio* der *actio* vorging. Für die spätere Kaiserzeit werde ich unten versuchen, diese Ansicht zu begründen. Für die Zwischenstufe behaupte ich mit Windscheid, das die *actio* dem Römer tatsächlich als das Wesentliche erschien.

Daß in den römischen Quellen meistens von *actio* und nicht von dem *ius (obligatio)* die Rede ist, könnte man vielleicht äußerlich damit erklären, daß ein großer Teil der Stellen, in denen *actio* vorkommt, praktische Rechtsfälle darstellt, die daher gleich für den Fall der gerichtlichen Verfolgung zugespitzt seien. Allein Windscheid bringt ungleich schwerwiegendere Gründe. Die Römer seien in ihrem praktischen Sinne davon ausgegangen, daß nur die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung eine Garantie für ungestörten Genuß der Lebensgüter biete (S. 3). Indessen werden die Römer auch auf dieser Stufe das Ideal der Rechtsverwirklichung in der friedlichen Auseinandersetzung gesehen haben. Das Hauptgewicht legt daher Windscheid mit Recht auf den Einfluß, den der Prätor im Formular-

[15]) Windscheid, Die Aktio.

verfahren infolge seiner eigentümlichen Stellung auf das gesamte Rechtsleben übte; hiervon entwirft er in knappen, aber treffenden Worten ein gelungenes Bild (S. 4).

Mag man sich auch den Übergang von den *legis actiones* zum Formularverfahren keineswegs so plötzlich vorzustellen haben,[16]) wie besonders früher gelehrt wurde, — so viel steht doch wohl fest, daß die Stellung des Prätors in klassischer Zeit eine wesentlich andere war, als zur Zeit des Legisaktionenverfahrens. Die Befugnisse des Prätors haben unbedingt eine Erweiterung erfahren. Was die dürftigen *leges* nicht vermochten, sollte durch ihn erreicht werden. Die vielfach aufgetretenen Lücken und Härten des Gesetzes sollte er beseitigen.[17]) Man machte ihn aber nicht zum Gesetzgeber, — denn damit wäre man nicht über den alten Stand hinausgekommen; krankte doch die Gesetzgebung daran, daß man nicht auf einen Blick sämtliche Ereignisse des Lebens übersehen konnte. Deshalb sollte der Prätor an den einzelnen Fall herangehen und ihn auf seine Schutzwürdigkeit hin prüfen. Seiner Entscheidung eine allgemein gültige Kraft auch für spätere Fälle zu geben, mußte bedenklich erscheinen, da solche „Augenblicksgesetze" noch weniger Garantie der Billigkeit in Bezug auf ihre künftige Anwendung bieten konnten als die *leges*. Für den einzelnen Fall war dieses System eine glückliche Erfindung. Bewährte sich die einmal gefällte Entscheidung nicht, so war der Schaden nicht so groß; künftig war man ja an sie nicht gebunden. — Vorstehende Erwägungen mögen wohl die Römer dazu geführt haben, die Befugnisse des Prätors, des Mannes der Praxis, zu erweitern. Man sagt, der Prätor sei *adiuvandi, supplendi* und *corrigendi iuris civilis gratia* dagewesen; man wollte also die *aequitas* in jenes unabänderliche Recht bringen. Ich kann mir nun nicht denken, daß man diese *aequitas* zu erreichen glaubte, wenn man

---

[16]) Vgl. Bekker, in d. Savigny-Ztschr., Bd. 24 (rom. Abt.), S. 35[2]; Lenel, daselbst, Bd. 30 (rom. Abt.), S. 333.

[17]) Vgl. dazu Schultze, Privatr. u Proz. I, § 32.

einem Manne bloß gestattete, für sein Amtsjahr Normen, die durch Ergänzung oder Abänderung des *ius civile* Verbesserungen einführen mochten, zu erlassen. Das hätte man auch durch eine nur für ein Jahr erfolgende „Versuchsgesetzgebung" erreichen können. Da die Edikte schon im voraus abgefaßt waren, so mußten sie doch, wenn auch bei weitem nicht ausschließlich, Bestimmungen enthalten, deren praktische Tragweite sich erst am einzelnen Falle erproben sollte. Ferner war der Prätor auch nur ein Mensch, der nicht alle Fälle voraussehen konnte. Daß er nun in einem einzelnen Falle eine im Edikt nicht vorgesehene *formula* erteilen konnte, wird ja nicht bestritten;[18]) aber keineswegs möchte ich die Erteilung einer sich nicht auf das Edikt stützenden *formula* schlechthin als Ausnahme ansehen. In der unumschränkten Möglichkeit der Gewährung einer *formula* sehe ich die wesentliche Garantie für die *aequitas*.[19]) Man wird einwenden, daß *in praxi* doch nur selten die Erteilung einer neuen *formula* erforderlich gewesen sein wird. Für die erste Zeit möchte ich dies entschieden in Abrede stellen, für die spätere Zeit dagegen ein stetiges Abnehmen jener Fälle zugeben, das eben zur Beseitigung des Formularverfahrens führte (s. unten). — Bisher ist nur die eine Seite der *aequitas* in Betracht gezogen worden: die Erweiterung des Gebietes schutzwürdiger Interessen. Die andere Seite mußte das Recht zur unumschränkten Eindämmung von Begehren sein, die mit der *aequitas* im Widerspruche standen. Hier konnte den Prätor weder eine noch fortbestehende *lex*, noch sein eigenes Edikt binden; er mußte zur *denegatio actionis* schreiten, wenn seine Amtspflicht und sein Gewissen ihn zu jener Maßnahme drängten.[20]) Auch kann ich die *editio formulae*

---

[18]) Vgl. Wlassak, *„actio"*; Schloßmann, Der Vertrag, S. 220; Bekker, in d. Ztschr. f. d. Savigny-Stift; Bd. 15, S. 174; Keller-Wach, Der röm. Zivilproz. u. d. Aktionen, S. 114.

[19]) Vgl. Schott, Das Gewähren d. Rechtsschutzes, S. 139.

[20]) Vgl. Schott, a. a. O., S. 124.

nur als eine nicht zwingende Formvorschrift ansehen,[21]) dazu bestimmt, die Arbeit des viel beschäftigten Prätors zu verringern. War für ein dem Rechtsgefühl billig erscheinendes Begehren noch nie eine *formula* aufgestellt worden, so konnte der Kläger auch keine „edieren"; ihn deshalb abzuweisen, hätte in scharfem Widerspruch mit der *aequitas* gestanden. Das Ergebnis dürfte sein, daß der Prätor in der Gewährung wie in der Versagung des Rechtsschutzes nur durch sein eigenes pflichtmäßiges Ermessen beschränkt war.

Neben dieser neuen Machtvollkommenheit hatte aber der Prätor seine früheren richterlichen Befugnisse behalten. Kein Wunder, daß er dem Produkt seiner neuen Funktion eine Form mit Rücksicht auf seine alte Tätigkeit gab. So verkündete er nicht, daß A. A. unter gewissen Voraussetzungen berechtigt sein solle, von N. N. etwas zu verlangen; dieser friedliche Zustand interessierte ihn wenig. Vielmehr verhieß er, daß er ihm eine Klage geben werde. So erklärt es sich, daß das römische Recht nicht ein System von Rechten, sondern von *actiones* ausbildete.

Diese Doppelstellung des Prätors mußte geradezu bestimmenden Einfluß auf das Verhältnis von *actio* und *obligatio* üben. Soeben war davon die Rede, daß der Prätor *actiones* gab und von *obligationes* nicht sprach; das deutet auf ein auffallendes Übergewicht der *actio* im Vergleich zur *obligatio* hin. Und das war in dieser Periode auch entschieden vorhanden. War es dem Prätor nicht überlassen, sondern zur Pflicht gemacht[22]), jeden einzelnen Fall auf seine Schutzwürdigkeit hin zu prüfen, ohne daß er in diesem Punkte an irgend welche Bestimmungen gebunden war, so mußte die Bedeutung der *obligatio* stark sinken. Nicht als ob es zu jener Zeit überhaupt kein objektives Recht gegeben hätte.[23]) An einer großen Anzahl durch

---

[21]) Vgl. Schott, a. a. O., S. 33 ff.

[22]) Vgl. Schott, a. a. O., S. 128, 129, 144.

[23]) Wie Schultze, Privatr. u. Proz. I, S. 384, meint.

Jahrzehnte und Jahrhunderte hindurch bewährter Institute wird kein Prätor zu rütteln gewagt haben. Daneben aber stand eine Menge von Einrichtungen, die dem Wandel der Zeiten weit mehr ausgesetzt und infolge des zunehmenden Verkehrs schneller reformbedürftig waren. Und wie sollte zu letzteren nicht auch die *obligatio* gehören, ein Institut des Verkehrs, der weitgehendsten Ausgestaltung fähig[24])! So mußte sich der Einfluß des Prätors auf sie stark geltend machen. Hatte dieser in jedem Falle die *aequitas* nach der Auffassung seiner Zeit zu berücksichtigen, so konnte der Bürger, wenn er auf die *obligatio* baute, sich leicht eitler Zuversicht hingegeben haben; im Ernstfalle war der Prätor vielleicht anderer Ansicht. Hier mußte die *actio* ein viel sichereres Fundament bieten: wer sie bewilligt erhalten, der hatte darin zugleich die Bestätigung der Schutzwürdigkeit seines Begehrens empfangen.

So hat sich also unter dem Einfluß des Prätors das Verhältnis von *actio* und *obligatio* im Vergleich zur früheren Periode stark geändert.

Auf diesem Wege gelangen wir zu den Resultaten, die Windscheid[25]) schon gezogen hatte.

Die *actio* ist in dieser Periode nicht das *posterius* der *obligatio* gegenüber (S. 3 u. sonst). Denn wird die *actio* nicht gegeben, so ist auch eine *obligatio* mangels Schutzwürdigkeit nicht vorhanden.

Die *actio* ist nicht das Erzeugte; sie ist vielmehr ein selbständiges Rechtsgebilde (S. 3, 119, 134). Dies geht aus obiger Auseinandersetzung deutlich hervor. Wenn erst durch die Gewährung der *actio* die *obligatio* ihre Bestätigung erhält, so kann sich die *actio* nicht auf die *obligatio* stützen. So konnte die *actio* in der Hand des Prätors das Mittel zur Ausgestaltung des Rechts werden und diese ihre Selbständigkeit zeigte sich besonders der *obligatio* gegenüber. Als *„iuris vinculum"* war letztere

---

[24]) Vgl. Kuntze, Die Oblig., z. B. S. 30.

[25]) Windscheid, Die Aktio.

von den Personen, zwischen denen sie begründet, untrennbar. Ein Dritter konnte aus ihr kein Recht herleiten. Diese Schranke mußte der Verkehr durchbrechen. Der Prätor ermöglichte dies zunächst durch Gewährung einer *formula*, deren *intentio* auf den Gläubiger gerichtet war, und deren *condemnatio* zu Gunsten des Dritten lautete. Später wurde ihm die *actio utilis* gewährt, und so die Zession ermöglicht.

Actio ist ein umfassender Ausdruck für die *obligatio* (S. 5). Daher finden sich viele Stellen, in denen *actio* und *obligatio* gleichbedeutend gebraucht werden[26]) (z. B. l. 8, § 11 D. 16,1; l. 2 § 8 D. 18,4; l. 7 § 1 D. 4,5 etc.; ferner Gaius IV, § 78). Eine äußere Begründung hierfür gibt Wlassak[27]). *Actio* sei zunächst für den Prozeß *in personam*, dann für die *formula* mit *intentio in personam* und schließlich für das obligatorische Recht selbst verwandt worden. Dagegen habe man für die Verfolgung dinglicher Rechte einen besonderen Namen gehabt: *vindicatio*. In bezug auf das soeben erörterte Vordrängen der *actio* gegenüber der *obligatio* glaubte Windscheid[28]) späterhin sich selbst korrigieren zu müssen. Er schränkt seine Behauptung gegenüber den *actiones civiles* ein, hält sie aber entschieden aufrecht für die *actiones honorariae*. Und dies scheint mir auch im Einklange mit der Stellung des Prätors zu stehen. Hatte dieser sich nicht veranlaßt gefühlt, einen Satz des *ius civile* zu modernisieren, so konnte man gewiß sein, daß jene Norm zu denen gehörte, auf welche der Wandel der Zeit nicht oder nur in geringem Maße einwirkte. Bei diesen *actiones civiles* mag das Verhältnis von *actio* und *obligatio* dasselbe wie während der Herrschaft des reinen Zivilrechts geblieben sein.

---

[26]) Vgl. Leonhard, Ztschr. f. dtsch. Zivilproz., Bd. 15, S. 337; Fischer, Recht u. Rechtsschutz, S. 65; Crome, Syst. d. dtsch. bürgerl. R., I, S. 180, Anm. 10.

[27]) Wlassak, *actio*.

[28]) Windscheid, Pand., § 44, Anm. 5.

Die *actio* in *personam* umspannt die *obligatio*. Dagegen ist die *actio* schlechthin auf das Gebiet jener nicht beschränkt, sie greift auch auf das Gebiet der anderen Rechte über. Daraus folgt, daß der Begriff der *actio* eine Annäherung der verschiedensten Ansprüche an das obligatorische Verhältnis zustande bringt[29]), da eben die *actio* bestimmte Personen in Beziehung setzt.

Eine weitere Konsequenz ist, daß ohne die *actio* auch kein Recht bestehen kann. Denn denegiert der Prätor die *actio*, so liegt darin *implicite*, daß kein schutzwürdiges Interesse, mithin auch kein Recht vorhanden sei. Dies muß sich besonders wirksam bei der *obligatio* zeigen. Da die *actio* den Begriff der *obligatio* völlig umspannt, kann bei einer *denegatio actionis* auch von einer *obligatio* keine Rede sein.[30]) So sagt die l. 6 D. 44,7 indirekt, daß die *obligatio*, wenn ein Umstand eintritt, der sie der *actio* beraubt, aufhöre zu existieren (. . . . „*finit obligationem*"). Hiermit scheint ein uns in den Quellen[31]) begegnender Begriff, die „*naturalis obligatio*" unvereinbar zu sein. Ihr Wesen läßt sich allgemeingültig nur rein negativ bestimmen: sie entbehrt der *actio*.[32]) Also die *naturalis obligatio* soll eine *obligatio* ohne *actio* sein! Darin muß nach obigen Ausführungen ein Widerspruch liegen. In der Tat ist dies schon den Römern nicht entgangen, sie selbst bezeichnen den Ausdruck als einen mißbräuchlichen, wofür Bekker[33]) zahlreiche Belege anführt. Auch reden die Quellen von *creditores* nur dann, wenn eine *actio civilis* oder *honoraria* vorhanden ist.[34]) Der Mangel in dem Ausdruck „*naturalis obligatio*" liegt nicht sowohl in dem Worte „*naturalis*" als vielmehr in der Bezeichnung

---

[29]) Vgl. Kuntze, Die Obl., S. 75/76.
[30]) So auch Siber, der Rechtszw. i. Schuldverh., § 2.
[31]) Vgl. z. B. l. 26 § 12 D. 12,6; l. 32 § 2 eod.
[32]) Vgl. Windscheid, Pand. § 288.
[33]) Vgl. Bekker in d. Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9, S. 399 ff.
[34]) Vgl. l. 42 § 1 D. 44,7; l. 10 D. 50,16.

„*obligatio*".[35]) Da die *actio* für die *obligatio* wesentlich ist, so hätte man jenen Begriff mit einem anderen Worte als mit *obligatio* bezeichnen sollen. — Es fragt sich nun, welche positive Bedeutung der sog. *naturalis obligatio* zukommt. Dieser Begriff steht im engsten Zusammenhange mit der Verfeinerung des Rechts, die z. T. durch das *ius gentium*, z. T. durch den Prätor, die *viva vox iuris civilis* angeregt wurde.[36]) Den Ausgangspunkt dieser neuen Entwickelung bildeten die Verbindlichkeiten des Sklaven, die äußerlich den Verpflichtungen freier Bürger glichen, deren Mangelhaftigkeit sich aber bei der gerichtlichen Geltendmachung sogleich zeigen mußte, weil der *servus* aktiv und passiv gerichtsunfähig war.[37]) *Obligationes naturales* konnten Verbindlichkeiten sein, denen entweder von Hause aus nur eine geringe Bedeutung zukam, oder die aus einem später hinzutretenden Grunde eine Einbuße an Kraft erlitten. Dieser neuen Art von Verbindlichkeiten konnte der Prätor verschiedenen Wert beimessen. So haben wir oben gesehen, daß er manche von ihnen mit einer *actio* ausrüstete; diese früheren *obligationes naturales* wurden damit zu wahren *obligationes*. In anderen Fällen schien es dem Prätor nicht billig, derartigen Verbindlichkeiten die volle Bedeutung beizulegen, sie insbesondere mit einer *actio* auszustatten. Solche nunmehr vom Recht nicht mehr ganz unbeachtet gelassenen Verbindlichkeiten von minderer Kraft bezeichnete man jetzt als *obligationes tantum naturales*.[38]) Für die Wirkungen, die eine *naturalis obligatio* äußert, kann man

---

[35]) Vgl. Windscheid, Pand. § 287, Note 6.

[36]) So die herschende Ansicht. Vgl. Puchta, Pand. 2, § 268; v. Savigny Oblig. 1, S. 24ff. gestützt auf l. 84 § 1 D. 50,17. — Andere Deutungen: Die *natur. obl.* leite ihren Ursprung aus dem „Naturrecht" (so A. D. Weber), oder aus der natürlichen Auffassung (so Windscheid) her, oder sie beruhe auf dem Gegensatz der bürgerlichen Gesellschaft und des Staates (so Dernburg).

[37]) Vgl. Klingmüller, Die Lehre v. d. natürl. Verbindlichkeiten S. 68, 69, 87.

[38]) Vgl. l. 5 pr. D. 20,1.

eine einheitliche Regel nicht aufstellen. Die Frage ist von Fall zu Fall zu beantworten. Immerhin läßt sich eine Reihe möglicher Wirkungen aufzählen.

Nicht auffallen kann es, daß die *obligatio naturalis* noch die Grundlage für Rechtsgeschäfte zu bilden vermag, welche die Existenz einer *obligatio* zur notwendigen Voraussetzung haben, z. B. Bürgschaft, Pfandrecht, Novation, Erfüllung. Zur Begründung dieser Rechte ist die Einwilligung des Schuldners erforderlich, der zur Erfüllung der Grundverbindlichkeit nicht gezwungen werden konnte. Der Schuldner erkennt also durch die Bestellung jener Rechte freiwillig die *naturalis obligatio* als rechtsverbindlich an. Erklärlich ist auch der Umstand, daß die *naturalis obligatio* noch Kraft genug zur Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes besitzt. Hierher gehören besonders die Fälle der *soluti retentio*[39]) und *compensatio*. Hatte die *aequitas* den Prätor nicht einmal bewegen können, dem Kläger zur Erfüllung der *naturalis obligatio* zu verhelfen, so mußte der Magistrat auf Grund desselben Tatbestandes noch viel weniger Anlaß nehmen, die einmal bewirkte Leistung rückforderbar zu machen. Bei der *compensatio* kommt nur der Fall in Betracht, daß einer *obligatio civilis* eine *obligatio naturalis* gegenübersteht, also zwei Forderungen von an sich ungleicher Kraft vorliegen. Wollte hier der Gläubiger der stärkeren *obligatio civilis* seine Forderung einklagen, die Erfüllung seiner *obligatio naturalis* aber verweigern, so läge darin eine offenbare Unbilligkeit für den Schuldner der *obligatio civilis*. — Die *obligatio naturalis* kann noch als Vermögensvermehrung und -minderung sich wirksam zeigen. Das ist besonders von Wichtigkeit bei Rechtsgeschäften zwischen Personen, die durch dieselbe *patria potestas* verbunden sind. Dieser Personenkreis bildete, wie Dernburg[40]) sagt, „eine Welt für sich". Der Prätor

---

[39]) Vgl. l. 10 D. 44,7.

[40]) Dernburg, Pand. II S. 11. Aehnlich Klingmüller, die Lehre v. d. natürl. Verbindl. S. 87. Vgl. dazu noch v. Ihering, der Besitzwille S. 105ff.

beließ daher den Geschäften solcher Personen die Wirksamkeit, nur versagte er die gerichtliche Geltendmachung jener nur für den häuslichen Kreis bestimmten Vorgänge.

Wie der Prätor im Formularverfahren nicht nur einen Einfluß auf das gerichtliche Verfahren, sondern auch auf die Rechtsbildung hatte, so griff in dieser Periode auch die *actio* auf das materielle Recht über. Sie enthält, wie Hölder[41]) mit Recht ausführt, zwei Elemente untrennbar in sich: die gerichtliche Verfolgbarkeit und damit zugleich die materielle Berechtigung. Auf demselben Standpunkt steht Endemann,[42]) wenn er erklärt, daß während des Formularprozesses in der *actio* „prozessuales Klagrecht und materielles Leistungsbegehren derart vereinigt waren, daß der Rechtschutz um des Rechtes willen gewährt wurde, und das Recht selbst wieder bestand, weil ihm die klagbare Durchführung zugestanden war".

Windscheids Auffassung, die sich derart mit dem Althergebrachten in Widerspruch setzte, mußte eine Flut von Erwiderungen erregen.

Zuerst bestritt Muther,[43]) daß der Prätor durch Erteilung der *actio* einen Anspruch erst gewähre (S. 22); letzterer bilde vielmehr die Grundlage der *actio*. Dies zeige sich z. B. deutlich bei den *actiones fictitiae*, wo der Prätor selbst zu einer Fiktion greife, um nur ein — wenn auch bloß angebliches — Recht als Fundament für die *actio* zu haben (S. 26). Ich glaube, daß der Prätor diese Form nur der Bequemlichkeit halber gewählt hat, da es ihm doch freistand, ein völlig neues Klagformular zu schaffen. Muther verweist die *actio* ausschließlich in das Gebiet des Prozeßrechts; sie sei das publizistische Recht auf Erteilung der *formula* (S. 37). Dieser Ansicht gegenüber hat in neuerer Zeit Affolter[44]) mit Recht hervorgehoben, daß ein derartiges

---

[41]) Hölder, Pand., § 61, Anm. 1; ähnl. Regelsberger, Pand. I, S. 214.

[42]) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R., Bd. 1, § 86, Anm. 6.

[43]) Muther, Zur Lehre v. d. röm. *actio*.

[44]) Affolter, Die *celsin. actio* etc. in d. Ztschr. f. dtsch. Zivilproz., Bd. 31, S. 453.

Recht bei den Römern nirgends normiert, auch in den Quellen nicht erwähnt sei.

Einen ähnlichen Standpunkt wie Muther nahm Dworzak[45]) ein. Er wollte ebenfalls von einer Selbständigkeit der *actio* auch im Formularverfahren nichts wissen; eine *actio* könne nur gegeben sein, falls ein Recht die Grundlage bilde.

Zu den Gegnern der Windscheid'schen Theorie gehört auch Eisele.[46]) Bei der Aufstellung allgemeiner Rechtsnormen werde sich der Gesetzgeber, meint er, von der Klagwürdigkeit leiten lassen; seien dann aber einmal die generellen Normen geschaffen, so kehre sich das Verhältnis der Klagbarkeit zum subjektiven Rechte um; letzteres erscheine als das prius. Diese Auffassung mag vielleicht für die moderne Zeit passen. Im Formularverfahren gab es eben wie oben dargelegt, keine erschöpfenden allgemeinen Rechtsnormen.

Am eingehendsten beschäftigt sich Bekker[47]) bis in die neueste Zeit mit dem Wesen der *actio* und ihrem Verhältnisse zur *obligatio*. Auch er ist der Ansicht, daß die *obligatio* nicht das prius, die *actio* nicht das Erzeugte sei. Auch dürfen *obligatio* und *actio* nach ihm nicht identifiziert werden (Ztschr. f. Rechtsgesch., Bd. 9, S. 386). Ebenso ist ihm die *„naturalis obligatio"* überhaupt keine *obligatio* (Aktionen I, S. 6; Iherings Jahrb. 49, S. 54). Allein alles das kann keine Bestärkung unserer Auffassung sein, da Bekker unter *actio* sowohl wie *obligatio* ganz andere Dinge versteht. Beide Begriffe sind nach ihm rein formaler Natur. *Actio* sei das publizistische unerzwingbare Recht gegen den Magistrat auf Gewährung von *formula, iudex* und *iudicium* und zugleich das privatrechtliche und erzwingbare Recht, von dem Beklagten Mitwirkung zum Zustandekommen des *iudicium* zu verlangen (Aktionen I, S. 15). Die *obligatio*

---

45) Dworzak, Münch. krit. Übersch., Bd. 5, S. 7.

46) Eisele, Iherings Jahrb., Bd. 31, S. 385.

47) Bekker, Krit. Vierteljahresschr., Bd. 5, S. 400ff.; Ztschr. f. Rechtsgeschichte, Bd. 9, S. 366ff.; Aktionen des röm. Privatr.; Zeitschrift f. d. Savigny-Stiftung, Bd. 15, S. 145ff.; Bd. 24, S. 344ff.; Bd. 25, S. 54ff.; Iherings Jahrb., Bd. 49, S. 51ff.

sei der aus dem Gebundensein durch *actio* resultierende Zustand (Aktionen I, S. 4). *Obligatio = actione teneri* (S. 5). Die *obligatio* stellt also ein Einstehenmüssen auf Grund gerichtlichen Zwanges dar; eine Leistungspflicht besteht nicht (Aktionen I, S. 7; Ztschr. f. d. Savigny-Stift., Bd. 24, S. 357). Diese zu bewirken, sei die Aufgabe eines von den Römern ohne technischen Namen gelassenen Instituts, das Bekker mit „Anspruch" tauft, und dem wir in den verschiedensten Redewendungen in den Quellen begegnen sollen (Aktionen I, S. 8). Eine *actio* habe man nicht erst dann, wenn der Prätor sie bewilligt, sondern schon vorher (Ztschr. f. Rechtsgesch., Bd. 9, S. 370). Jene Anschauung von der *obligatio* ist oben schon abgelehnt worden. M. E. enthält sie beinahe die Aufforderung an den Schuldner, sich jede Leistung erst auf gerichtlichem Wege abzwingen zu lassen. Aber auch mit Bekkers Auffassung der *actio* kann ich keineswegs einverstanden sein. Für die Zeit der *legis actiones* ließe sie sich eher in Erwägung ziehen; für das Formularverfahren ist sie aber mit der Stellung des Prätors unvereinbar. — Der Kläger solle ein publizistisches Recht gegen den Magistrat auf Gewährung von *formula, iudicium, iudex* haben. Daß dieses Recht unerzwingbar sein soll, würde ihm den Charakter als Recht noch nicht nehmen.[48]) Reden wir doch heut von „Völkerrecht", dessen Erzwingbarkeit häufig zweifelhaft sein wird. Ein publizistisches Recht könnte ich nur für den Fall anerkennen, daß der Prätor zur Überzeugung der Schutzwürdigkeit gekommen ist. Hat er aber diese Überzeugung nicht erlangt, dann sollte es ja eben seine Pflicht sein, die *actio* zu denegieren.[49]) Und doch sollte der Bürger ein publizistisches Recht auf Erteilung der *formula* gegen ihn haben? Das wäre eine seltsame Pflichtenkollision. Auch scheint Bekker mit sich selbst in Widerspruch zu geraten, da er doch an verschiedenen Stellen das freie Ermessen des Prätors bei

---

[48]) Vgl. Klingmüller, Die Lehre v. d. natürl. Verbindl., S. 266.
[49]) Vgl. Schott, a. a. O., S. 128, 129, 144.

der Denegation anerkennt (Aktionen II; Ztschr. f. d. Savigny-Stiftung, Bd. 24, S. 348/49). — Die *actio* solle ferner das private Recht sein, vom Gegner Mitwirkung zum Zustandekommen des *iudicium* zu verlangen. Hierbei möchte ich sowohl die Bezeichnung „privates" Recht wie „Mitwirkung zum Zustandekommen des *iudicium*" beanstanden. Ob es überhaupt zum *iudicium* kommt, hängt ja nicht von den Parteien allein ab; denn dazu ist die *datio formulae* erforderlich.[50]) Freilich kann der Prätor allein nicht *iudicium* festsetzen, wenn er von nicht befriedigten, aber schutzwürdigen Interessen hört. Die Parteien müssen sich zunächst rühren. Der Kläger wird dieses Erfordernis gern erfüllen; der Inanspruchgenommene wird aber häufig nicht mögen. Auf Grund einer in *ius vocatio* seitens des Klägers ist er wohl verpflichtet, sich auf eine Verhandlung vor dem Prätor einzulassen, und so, da letztere jedem *iudicium* vorausgehen muß, zum Zustandekommen des *iudicium* mitzuwirken. Doch ist nicht einzusehen, woher der Kläger ein privates Recht hierauf herleiten sollte, da er doch erst den Prätor um Gewährung der *actio* angehen muß. Jene Pflicht des Beklagten halte ich für eine öffentlichrechtliche.

3. Während des Formularverfahrens war es die Hauptaufgabe der Prätoren, der Rechtsordnung diejenigen Dienste zu leisten, für die sich die Gesetzgebung unfähig erwiesen hatte; man ließ je nach Bedarf eine Art Gesetzgebung (nicht im staatsrechtlichen Sinne) für den einzelnen Fall zu.[51]) Die Rechtsgeschichte lehrt uns nun, daß es bald üblich wurde, daß die Prätoren, ohne dazu verpflichtet zu sein, *formulae*, ja ganze Edikte ihrer Vorgänger übernahmen. Das ist ein deutliches Zeichen dafür, daß sie sich bewährt hatten. Solche *formulae* mußten berufen sein, nicht nur für konkrete Fälle, sondern allgemein Lücken des Rechtssystems zu füllen. Es konnte nicht ausbleiben, daß mit der Zeit

---

[50]) Vgl. Schott, a. a. O., S. 144.

[51]) Vgl. dazu Schultze, Privatr. u. Proz. I, §§ 38, 38a.

[51]) Vgl. dazu Schultze, Privatr. u. Proz. 1, §§ 38, 38a

die Prätoren immer weniger auf ihrem Arbeitsfelde zu tun fanden; die Vorgänger hatten schon die Hauptarbeit getan. Das Institut der Prätoren mußte sich überleben, wenn es auch noch lange ein Schattendasein führte. Es war an der Zeit, jene gewisse Rechtsunsicherheit, welche bei der Erweiterung der Macht der Prätoren unvermeidlich war, zu beseitigen, und wieder allgemeine, für das Gericht unabänderliche Normen einzuführen. In dieser Hinsicht mußten die lange Zeit in der Praxis erprobten *edicta tralaticia* die größten Garantien für eine vortreffliche Rechtsordnung bieten. Erhob man sie zum Gesetz, so konnte man gewiß sein, daß sie sich bewähren würden. Eine Zusammenfassung der Edikte erfolgte denn auch unter Hadrian durch Salvius Julianus. Zum Gesetz wurden sie freilich nicht erhoben; sie blieben nach wie vor *ius honorarium*, wurden nunmehr aber auch für das Gericht selbst unabänderliches Recht.

Die *actio*, einst das Recht auf gerichtliche Verfolgung und zugleich der Ausdruck des materiellen Rechts, mußte nunmehr alles das abstreifen, was an die frühere Doppelstellung der Prätoren geknüpft war.[52]) Ueber die Klagbarkeit traf jetzt die Rechtsordnung allein Bestimmungen, indem sie Ansprüche zuerkannte oder versagte. Das Recht (*obligatio*) war nicht mehr sozusagen eine Funktion der *actio*, sondern umgekehrt. Das Recht stand objektiv für die Parteien und das Gericht fest; die *actio* ergab sich als Konsequenz des anerkannten Rechts. Dies hinderte freilich nicht, daß man auch weiterhin der Macht der Gewohnheit folgend, vorzugsweise von *actio* sprach.

---

[52]) Vgl. Fischer, Recht und Rechtssch., S. 66.

B.

Soll man nun die Bedeutung des Verhältnisses von *actio* und *obligatio* für das heutige Recht prüfen, so steht man sogleich vor dem Dilemma: welchem der so verschiedenartigen Verhältnisse, in denen jene beiden Begriffe bei den Römern auf den einzelnen Entwicklungsstufen standen, soll man denn einen Einfluß auf das heutige Recht zumessen? Es ist doch offensichtlich, daß diese Frage von einschneidender Bedeutung ist. Das Natürlichste dürfte wohl sein, auf Justinians Zeiten zurückzugreifen, da doch die zu seiner Zeit herrschenden Rechtsanschauungen uns in dem in Deutschland recipierten *Corpus iuris civilis* enthalten seien. Wir müßten demnach das Verhältnis in Betracht ziehen, in welchem *actio* und *obligatio* zur Zeit der Zusammenstellung der Digesten standen. Lesen wir nun aber irgend eine einschlägige Abhandlung, so wird fast immer nur von *actio* in einer Bedeutung gesprochen, die das Wort nur zur Zeit des Formularverfahrens haben konnte. Selbst der Hinweis, daß jener Begriff für die einzelnen Epochen verschieden zu würdigen sei, begegnet uns relativ selten.[1])

Die Definition der *actio* in der l. 51 D. 44,7 stammt aus den Digesten des Celsus *(filius)*; der Ausdruck *„iudicio"* weist deutlich auf das Formularverfahren hin. Doch könnte dies vielleicht nur eine einzelne Unstimmigkeit in den sonst auf anderem Standpunkte stehenden Pandekten sein. Daß aber beinahe das Gegenteil der Fall

[1]) So z. B. bei Leonhard in d. Zeitsch. f. dtsch. Zivilproz., Bd. 15, S. 334—336; Eisele, in Iherings Jahrb., Bd. 31, S. 381.

sei, lehrt uns Bekker.[2]) Die Pandekten redeten sehr häufig nicht in der für die Zeit ihrer Zusammenstellung angemessenen Auffassung der *actio*, sondern sie gäben in diesem Punkte gern die unveränderten Aeußerungen der großen Juristen zur Zeit des Formularverfahrens wieder. Das *Corpus iuris* zeige hier einen Mangel an Einheit, der sich aber nicht so stark fühlbar mache, weil die der späteren Periode angehörigen Stellen in den Digesten an Bedeutung bei weitem hinter den anderen zurückständen. In ähnlichem Sinne weist Leonhard[3]) darauf hin, wie oft uns in den Digesten Ausdrücke wie „*in iure*“, „*in iudicio*“ begegnen. Zu Justinians Zeiten und auch wohl noch geraume Zeit nach ihm habe man an diesen Stellen kaum Schaden genommen, zumal man ja noch die Urtexte jener Autoren der Vorzeit besessen haben mag; für spätere Zeiten mußten sie eine Quelle von Mißverständnissen bilden. Jedenfalls ist uns der Zwiespalt in den Digesten ein beredtes Zeugnis, wie die Blütezeit der römischen Jurisprudenz in Theorie und Praxis noch jahrhundertelang nachwirkte.

So werden wir nur zu untersuchen haben, welche Bedeutung jenem römischen Verhältnisse, so wie es sich zu einer Zeit darstellte, wo noch der Prätor seine volle Macht entfaltete, in unserem heutigen Recht noch zukommt. Immerhin glaube ich, daß die kurzen Bemerkungen, die ich über die Zeit vor und nach dem Formularverfahren getan, nicht unnütz gewesen seien; enthielten sie doch Gedanken, die auch für unser Recht nicht ohne Bedeutung sind.

I.

Um das römische Verhältnis von *actio* und *obligatio* mit dem jetzigen Recht in Beziehung zu setzen, werden wir nach den heutigen entsprechenden Begriffen suchen müssen. Hier wird es sich nun doppelt empfehlen, den der *obligatio* entsprechenden Begriff voranzustellen.

---

[2]) Bekker, Ztsch. f. d. Savigny-Stift., Bd. 15, rom. Abt. S. 145 u. 146.
[3]) Leonhard, Inst., S. 499.

1. Bekker[1]) gab zu, daß die Identität der römischen *obligatio* und der modernen „Obligation“ kaum bestritten werde, behauptete aber dennoch, daß jene Begriffe sich nicht deckten, sich vielmehr wie der Teil zum Ganzen verhielten. Man hat auch in der Tat prinzipielle, auf deutschrechtlichem Einfluß beruhende Gegensätze der beiden Institute festgestellt, z. B. die Übertragbarkeit des heutigen Forderungsrechts im Gegensatz zur römischen *obligatio*[2]); man baut auf dem Wege weiter, den Brinz zuerst beschritten, und sucht einen fundamentalen Gegensatz zwischen jenen Begriffen aufzustellen.

Eine Art Definition der modernen Obligation enthält § 241 BGB.: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“ Sie stellt sich also dar als ein Forderungsrecht des Gläubigers, dem eine Leistungspflicht des Schuldners entspricht. Von einer „Haftung“ des Schuldners erfahren wir nichts. Dennoch dürfte dieser Begriff dem heutigen Recht nicht verloren gegangen sein. Nun wird aber neuerdings behauptet[3]), daß, wenn auch gewöhnlich im BGB. Schuld und Haftung vereinigt seien, dies nur auf einer Weiterbildung deutschrechtlicher Gedanken beruhe, und Spuren der germanischen Trennung von Schuld und Haftung sich allenthalben im BGB. fänden. Freilich seien die Vorschriften über das Haftungsverhältnis vorläufig noch sehr dürftig, weil der Gesetzgeber jene Wahrheit selbst nicht klar erfaßt habe. Dem stimmt Bekker[4]) völlig zu, wie er ja schon früher die römische *obligatio* von der modernen getrennt wissen wollte. Ähnlich bestreitet Kuhlenbeck[5]), daß die römische *obligatio* mit unserem „Schuldverhältnis“

---

[1]) Bekker, Ztschr. f. Rechtsgesch., Bd. 9, S. 367; Aktionen, Bd. I, S. 7.

[2]) Vgl. Engelmann, Das bürgerl. Recht Deutschlands, S. 155 ff.

[3]) Isay, in Iherings Jahrb., Bd. 48, S. 192—206.

[4]) Bekker, Iherings Jahrb., Bd. 49, S. 51 ff. Ihnen schließt sich Klingmüller a. a. O., S. 271 an.

[5]) Kuhlenbeck in Staudingers Komm. z. BGB. Vorb. zu § 241.

identisch sei. Demgegenüber hält Enneccerus[6]) das Unternehmen Isays, ein selbständiges Haftungsverhältnis für das BGB. zu konstruieren, nicht für geglückt. Im heutigen wie im entwickelten römischen Recht sei Schuld und Haftung miteinander verbunden[7]).

Predari[8]) ist der Ansicht, daß die heutige Obligation aus dem römischen Recht übernommen sei. Die Haftung ergebe sich hier wie dort als bloße Folge pflichtwidrigen Tuns.

Am wenigsten scheint in diesem Punkte Kohler[9]) mit Bekker übereinzustimmen, wenn er dessen Ausführungen (in Iherings Jahrb., Bd. 49, S. 51 ff.) als Plauderei hinstellt, auf die es nicht einzugehen lohne. Aber m. E. geht Kohler doch zu weit, wenn er behauptet, in der entwickelten römischen *obligatio* wie im Schuldverhältnis sei überhaupt das Moment der Haftung nicht vorhanden, sondern nur die Verpflichtung zur Leistung.

Ob jene neue Auffassung des Schuldverhältnisses die bisherige zu verdrängen imstande sein wird, ist nicht vorauszusehen. Vom heutigen Standpunkte möchte ich mich jedenfalls unbedenklich der herrschenden Ansicht anschließen, die in der modernen Obligation zwar eine Fortbildung, aber nicht ein vom römischen Recht unabhängiges Institut sieht.

2. Ein Gegenstück zur römischen *actio* im heutigen Privatrecht zu finden, fällt nicht schwer. Leonhard[10]) erklärt, „es lebe in Deutschland kein Jurist, der nicht *actio* und Anspruch in Beziehung setzen würde". Um das Wesen des „Anspruchs" zu erkennen, wird es angebracht sein, den Urheber dieses Begriffs zu befragen. Es ist Windscheid, der seine Ideen in der epochemachenden Abhandlung über

---

[6]) Enneccerus, Lehrb. d. bürg. R., Bd. 1, S. 570, Anm. 1.

[7]) Ebenso Dernburg, Das bürgerl. R. d. Deutsch. Reichs u. Preuß., Bd. 2, § 1, III.

[8]) Predari, Ztschr. f. d. ges. Hand.-R., Bd. 51, S. 620.

[9]) Kohler, Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 91, S. 174; Lehrb. d. bürgerl. R., Bd. 2, S. 11.

[10]) Leonhard, Ztschr. f. dtsch. Ziv.-Proz., B. 15, S. 340.

„Die Aktio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts“ niederlegte und in seinen Pandekten mitverarbeitete. Der Anspruch ist nach ihm das Recht, von einem anderen etwas zu verlangen (Aktio S. 5). Diese weite Fassung des Begriffs ermöglicht und bezweckt, daß ihm relative wie absolute Rechte entsprechen können (Aktio S. 15). Der Anspruch erschöpfe das Forderungsrecht; er passe auch für die absoluten Rechte, nur daß er deren Inhalt nicht ausfülle. Das hier vom Anspruch Gesagte scheint ja mit der *actio* in Einklang zu stehen;[11]) und doch wollte Windscheid in dem Anspruch einen Ersatz, nicht eine Verdeutschung für den heut nicht mehr passenden Begriff der *actio* einführen. Allein die *actio* Windscheids enthält, wie wir oben gesehen haben, primär die Zulässigkeit der gerichtlichen Verfolgung, woraus sich dann sofort die materielle Berechtigung ergibt. Der Ausschaltung des den heutigen Verhältnissen nicht mehr entsprechenden prozessualen Elements sollte der neue Begriff des Anspruchs dienen.

Bekker[12]) scheint nur an dem Ausdruck „Anspruch“ in der Windscheid'schen Theorie Gefallen gefunden zu haben. Das Wort greift er auf, verwendet es aber, wie schon erwähnt, zur Fixierung des nach seiner Ansicht von den Römern ohne festen Namen gelassenen „Leistensollens“. Der Macht der Verhältnisse Rechnung tragend (Standpunkt des BGB!), scheint er jetzt auch auf den Namen zu verzichten und seinen Begriff mit „Schuldverhältnis“ benennen zu wollen.[13])

Den von Windscheid ausgehenden Anregungen konnte sich die neue Gesetzgebung nicht verschließen. Die Motive[14]) zum BGB. erklären, daß sie mit dem römischen Aktionensystem brechen wollen. Allgemein wird anerkannt, daß das

---

[11]) Vgl. Bekker, in Iherings Jahrb., Bd. 49, S. 57.
[12]) Bekker, Ztschr. f. Rechtsgesch., Bd. 9, S. 375; Akt., Bd. 1, S. 7 8
[13]) Iherings Jahrb., Bd. 49, S. 57.
[14]) Mot. I, S. 357.

BGB. grundsätzlich auf Windscheids Standpunkte steht. Hölders [15]) noch in letzter Stunde zu Gunsten der früheren Auffassung gemachter Versuch blieb unberücksichtigt.

Eine Definition des Anspruchs gibt das BGB. im § 194 zu Beginn der Vorschriften über die Verjährung: „Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung." Diesem rein privatrechtlichen Begriff begegnet man heute noch häufig unter der Bezeichnung „Klage" oder „Klagrecht". Es sind dies Anklänge an die römische *actio*, die doch heut nicht mehr angebracht sind und leicht irreführen können. [16]) Der Anspruch im Sinne seines Urhebers sollte doch eben an die Stelle der *actio* treten, befreit von dem aus besonderen geschichtlichen Verhältnissen sich erklärenden Element des gerichtlichen Schutzes [17]) Insofern muß es befremden, wenn noch heut behauptet wird, daß sowohl Windscheid wie die Definition des § 194 die wichtigste Seite des Anspruchs außer acht gelassen habe: „Die Beziehung auf ein angestrebtes oder mögliches Urteil" (Bolze) [18]). Dieser Mangel im § 194 sei aber nicht allzu schwerwiegend; die Stellung des Paragraphen im System weise den richtigen Weg. Man sieht also auch hier eine Bezugnahme auf die gerichtliche Verfolgung. Freilich jene intensive Abhängigkeit vom Gerichte, wie sie bei der *actio* bestand, kann nicht gemeint sein. Immerhin erblicke ich in jenem Einwand einen von Windscheid wie vom Gesetz absichtlich vermiedenen Rückfall in römische Ideen. Mag man nun auch *in dubio* bei dem Wort „Anspruch" an die gerichtliche Verfolgung denken, [19]) so gehört dieses Element doch nicht

[15]) Hölder, Arch. f. bürg. R., Bd. 11, S. 217 ff.

[16]) Vgl. Enneccerus, Lehrb., Bd. 1, S. 511; Hellwig, Lehrb. d. dtsch. Zivilproz.-R., Bd. 1, S. 149.

[17]) So auch Leonhard, Allgem. Teil, S. 193; Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 216; Klingmüller, Die Lehre v. d. natürl. V., S. 265.

[18]) So Bolze, in Gruchots Beitr., Bd. 46, S. 761; Eisele, in Iherings Jahrb., Bd. 31, S. 387; bes. Dernburg, Das bürgerl. R. I, § 42, III, S. 107, 115, 116.

[19]) Bekker, Ztschr. f. d. Savigny-Stift., B. 15, S. 201.

zum Begriff des Anspruchs.[20]) Daß letzterer sich auch außergerichtlich betätigen könne, zeigt v. Tuhr[21]) besonders klar, indem er Fälle vorführt, in denen es für den Gläubiger ratsam (wegen § 93 ZPO.), ja sogar manchmal zur Pflicht gemacht ist, die Durchsetzung seines Anspruchs zunächst außergerichtlich zu versuchen, ehe er die intensivere Art der Rechtsverfolgung, den gerichtlichen Weg, einschlägt. Häufig freilich wird ja die private Anspruchsbetätigung ihren Erfolg aus der möglichen gerichtlichen Verfolgung kraft einer Art „psychologischen Zwanges" schöpfen, indem der Schuldner lieber freiwillig leisten wird, als daß er sich vom Gericht unter Auferlegung der Kosten dazu zwingen läßt.

Die Bezeichnung „Anspruch" kommt auch in der früher erlassenen, also vom BGB. nicht beeinflußten ZPO. vor. Bis zu ihrer Abfassung mußte Windscheids Einfluß sich schon geltend gemacht haben. Es ließe sich daher vermuten, daß die Begriffe der beiden Gesetzbücher sich decken. In der Tat wird dies häufig der Fall sein.[22]) Eine Begriffsbestimmung gibt die ZPO. nicht; doch ist der Anspruch der ZPO. zunächst umfassender als der des BGB. Vornehmlich hat es auch der Zivilprozeß mit Begehren zu tun, die auf ein Tun oder Unterlassen eines anderen gerichtet sind; sie bilden den Inhalt der sogen. Leistungsklagen. Darüber hinaus läßt er auch Ansprüche anderer Art zu. Die Feststellungsklagen haben es, wie der Name sagt, mit bloßer Feststellung zu tun, ohne daß eine Leistung begehrt wird[23]). Die Rechtsgestaltungsklage enthält das Verlangen nach einer Rechtsänderung, die herbeizuführen der einzelne gar nicht imstande wäre (z. B. die Ehescheidungsklage). Weicht so der Begriff des Anspruchs im Sinne der ZPO. quantitativ von dem des BGB. ab, so unterscheidet er sich auch qualitativ von

---

[20]) Vgl. Langheineken, Anspr. u Einr., S. 22, Anm. 4.

[21]) v. Tuhr, Der allgem. T. d. dtsch. bürg. R., Bd. 1, S. 255—258.

[22]) Vgl. v. Tuhr, a. a. O. S. 240.

[23]) A. M. Leonhard, Ztschr. f. dtsch. Zivilproz., Bd. 15, S. 341; ähnl. Bolze, in Gruchots Beitr., Bd. 46, S. 770—772.

ihm. Das BGB. spricht jemandem einen Anspruch nur dann zu, wenn positiv die von ihm normierten Umstände vorliegen. Anders die ZPO.; sie bezeichnet mit Anspruch jedes auch nur behauptete Begehren. Es stellt sich also der Anspruch der ZPO. in beiden Fällen als der weitere Begriff dar, der mit dem Anspruch des BGB. sich decken kann, aber nicht muß.

3. Um ein dem römischen Verhältnis von *actio* und *obligatio* analoges Verhältnis aufzustellen, wird es sich fragen, welcher Anspruchsbegriff zu verwenden sei. Wohl der des BGB. Denn erstens kannten die Römer fast ausschließlich nur Leistungsklagen; die Präjudicialklage gab es erst in späterer Zeit und in sehr beschränktem Umfange.[24]) Zweitens gewährte die einmal erteilte *actio* zwar gerichtliche Entscheidung unabhängig davon, ob die Behauptungen des Klägers richtig waren; mit letzterer Frage sollte sich ja der *iudex* beschäftigen. Die materielle Bedeutung, welche wir oben der *actio* beilegten, war natürlich von der Voraussetzung der Wahrheit des vom Kläger Vorgebrachten abhängig. Wir werden daher nur das Verhältnis des Forderungsrechts zum Anspruch im Sinne des BGB. zu betrachten haben.

Werfen wir noch einmal einen Blick auf die Gesetzesdefinitionen für jene beiden Begriffe (§§ 194, 241 BGB.), so bemerken wir eine auffällige Uebereinstimmung: im ersteren Falle ist die Rede von einem Tun oder Unterlassen, im zweiten von einer Leistung, die aber auch in einem Unterlassen bestehen kann. Als die Vorschrift des § 194 noch dem Entwurf (§ 154) angehörte, forderte Fischer,[25]) man solle für Anspruch das Wort „Forderung" einsetzen. Denn dieser Ausdruck entspreche mehr dem guten Sprachgebrauch, und dann bestehe zwischen Anspruch und Forderung höchstens der Unterschied, daß man bei letzterer

---

[24]) Eisele, in Iherings Jahrb., Bd. 31, S. 393.

[25]) Fischer, Recht u. Rechtsschutz.

an die Entstehung aus einem obligatorischen Rechtsverhältnis denke (S. 94). Leonhard[26]) gibt zu, daß der Gesetzgeber von „Forderung“ hätte reden können. Diese Bezeichnung wäre zwar der Redeweise des Volks geläufiger gewesen, würde sich aber mit der juristischen Sprache in Widerspruch gestellt und so Verwirrung hervorgerufen haben. Der § 154 des Entwurfs ist ohne sachliche Aenderung Gesetzesnorm geworden. Trotzdem sind noch heute die Meinungen über .das Verhältnis von Anspruch und Forderung geteilt.

Dem Standpunkt des BGB. Rechnung tragend, ist man heute wohl allgemein[27]) davon abgekommen, den Anspruch schlechthin mit Forderung zu identifizieren, da der Sprachgebrauch die letztere auf das Gebiet der Schuldverhältnisse beschränkt.

Man hat nun Forderung und persönlichen Anspruch gleichstellen wollen.[28]) Demgegenüber hat man von anderer Seite eingewandt, daß viele Forderungsrechte mehrere Ansprüche auslösen können.[29]) Allein unsere Betrachtung beschränkt sich auf den Vergleich einer einzelnen Forderung mit dem persönlichen Anspruch. Auch deren Identität ist bestritten worden. Riezler[30]) wendet ein, daß z. B. die Verjährung jedes, auch des rein persönlichen Anspruchs nur ein Leistungsverweigerungsrecht begründe (§ 222 BGB.). Das Recht selbst bleibe bestehen; es liege eine Schuld ohne Haftung vor. — Die Trennung der letzteren Begriffe ist oben schon abgelehnt worden. Das Leistungsverweigerungsrecht muß aber das einzelne Forderungsrecht ebenso ergreifen, wie den persönlichen Anspruch, da beide das Verlangen der Leistung bedeuten. Wenn das Forderungsrecht

---

[26]) Leonhard, Zeitschr. f. dtsch. Ziv.-Proz., Bd. 15, S. 337.

[27]) Auch Hellwig, Zivilproz.-R., Bd. 1, S. 217, im Gegens. zu seinem Anspr. u. Klagr. S. 5ff.

[28]) z. B. Enneccerus, Lehrb. I, S. 511; Crome, Syst. d. dtsch. bürg R., Bd. 1, S. 180, Anm. 10.

[29]) Vgl. Engelmann, Das bürg. R., S. 39; ähnl. Cosack, Lehrb. I, S. 355.

[30]) Riezler, in Staudingers Komm. z. BGB. zu § 194.

den Gläubiger berechtigt, eine Leistung zu verlangen, und die Verjährung dem Schuldner das Recht gibt, die Leistung zu verweigern, so muß nach Eintritt der Verjährung das Forderungsrecht dem Nichts gleichen. Andere[31]) haben nachzuweisen gesucht, daß Bedingung und Befristung sich auf den Anspruch und das Forderungsrecht verschieden äußern. Windscheid[32]) hat aber nachgewiesen, daß in diesen Fällen sowohl der Anspruch wie das Forderungsrecht befristet oder bedingt ist.

So stellt sich der Anspruch als der weitere, das Forderungsrecht umfassende Begriff dar. Also eine Einwirkung des römischen Verhältnisses! — Keineswegs! Dadurch, daß der Prätor dem Kläger eine *actio* gab, erhielt dessen Begehren gleichsam ein obrigkeitliches Zeugnis für die Schutzwürdigkeit und Rechtlichkeit. Kein Wunder also, daß man die *actio in personam* bei dem Übergewicht des Gerichts als Ausdruck für die *obligatio* nahm. Wohl gemerkt, aber nur als Ausdruck, nicht als identischen Begriff. Eine begriffliche Identität mußte schon die verschiedene rechtliche Natur der beiden Institute hindern. — Anders im heutigen Recht. Der Anspruch gehört wie das Forderungsrecht rein dem Privatrecht an. Er bezeichnet die persönliche Richtung eines Rechts gegen einen bestimmten Gegner ohne jeden prozessualen Beigeschmack. Dieselbe persönliche Beziehung ist in dem Wesen des Forderungsrechts begründet. Da beide Begriffe rein privatrechtlicher Natur sind, steht ihrer Gleichheit nichts im Wege. Diese wesentliche Verschiedenheit des modernen und des römischen Verhältnisses wird ausschließlich durch die grundsätzliche Abweichung des Anspruchs von der *actio* hervorgerufen. Es macht sich deutlich ein modernes Prinzip bemerkbar: die Beseitigung jedes Übergriffs des Prozeßrechts auf das materielle Recht. Sollte letzteres Spuren einer Einwirkung der *actio* aufweisen, so müßte man sie als prinzipwidrige Anomalien bezeichnen.

---

[31]) z. B. Regelsberger, Pand. I, S. 214ff.

[32]) Windscheid, Pand., § 43, Anm. 6a.

Sie wären aus dem materiellen Recht auszumerzen; eine Bedeutung könnte man jenen römischen Reminiszenzen für das heutige Recht nicht zuschreiben. Es hätte das Privatrecht in diesem Falle sein Streben,[33]) mit der römischen Aktionenlehre zu brechen, nicht durchgängig realisiert. Solchen etwa übrig gebliebenen Abnormitäten nachzugehen, erscheint zwecklos. Dagegen seien hier für die Richtigkeit obiger Ausführungen einige Belege angeführt.

„Der Prätor hatte die *actiones* unter Verschluß,"[34]) d. h. ohne ihn wurde keine *actio* aus dem vorhandenen Formelschatz erteilt und auch keine neue *actio* (*in factum concepta*) gewährt. Das war eine vom Prozeßrecht dem Privatrecht auferlegte drückende Fessel, die sich besonders bei der fortbildungsfähigen *obligatio* stark geltend machen mußte. Für unser materielles Recht ist dagegen jene prozeßrechtliche Schranke gewichen. Das Privatrecht steht grundsätzlich auf dem Standpunkte der Vertragsfreiheit. Den Kontrahenten ist es überlassen, täglich neue *obligationes* zu schaffen. Der spezielle Teil des zweiten Buches des BGB. handelt daher nicht „von den einzelnen Schuldverhältnissen", sondern einfach von „einzelnen Schuldverhältnissen". — Als anderer Beleg sei die Verjährung angeführt, die ja dem BGB. Anlaß zur Festlegung des Anspruchs gab, und deren Ausbildung im römischen Recht einen wertvollen Beitrag für ein die Arbeit durchziehendes Prinzip gewährt. Das römische Zivilrecht kannte das Institut — von einzelnen Ausnahmen abgesehen — nicht. Allmählich trug der Prätor den Verkehrsbedürfnissen Rechnung. Für eine Anzahl von *actiones honorariae* versagte er nach bestimmter Frist die gerichtliche Verfolgung. Darin lag zugleich eine Aberkennung der Schutzwürdigkeit. Der Beamte erkannte für diesen Fall das Begehren nicht mehr als ein rechtmäßiges an. — Das BGB. will sich grundsätzlich in anderen Bahnen bewegen. Es läßt den privatrechtlichen Anspruch verjähren, das Recht aber bestehen bleiben.

[33]) Mot. I, S. 357.

[34]) Bekker in der Ztschr. f. d. Savigny-Stift. (rom. Abt.), Bd. 15, S. 151.

Daran ändert der Umstand nichts, daß das gewährte Leistungsverweigerungsrecht gerade bei obligatorischen Rechten der Wirkung der Aufhebung des Forderungsrechtes gleichsteht (vgl. oben.). Das BGB. zeigt hier eine stärkere Annäherung an die Verjährungslehre des späteren Kaiserrechts (Gesetz des Honorius und Theodosius, 424 p. Chr.). Letzteres ließ alle *actiones* verjähren. Da aber, wie oben gezeigt, das Recht nicht mehr durch das Gericht beeinflußt, sondern von vornherein fest normiert war, griff der Ausschluß der gerichtlichen Verfolgung den Bestand des Rechts nicht an. Das BGB. behandelt aber die Verjährung als Institut des reinen Privatrechts; mithin kann man in der „Aktionenverjährung" des Kaiserrechts keine Einwirkung des Verhältnisses von *actio* und *obligatio* erblicken. — Ein ferneres lehrreiches Beispiel bietet die Zession. Konnte der Prätor dieses Institut wegen der Auffassung der *obligatio* als *iuris vinculum* nur mit Hilfe seiner geschmeidigen *formula* einführen (vgl. oben), so bedarf das moderne Privatrecht dieser Unterstützung seitens des Prozeßrechts nicht. Die Regelung der Uebertragung von Forderungen ist heut Aufgabe allein des Privatrechts. — Einen wertvollen Beitrag liefern schließlich noch die sogen. „unvollkommenen Rechtspflichten", „natürlichen Verbindlichkeiten", „Naturalobligationen" des heutigen Rechts, Begriffe, die uns in den Motiven[35]) und in der Literatur begegnen. Das BGB. kennt einen derartigen Gattungsbegriff nicht; noch weniger hat es allgemeine Regeln für ihn aufgestellt.[36]) Dennoch finden sich in ihm mehrfach Bestimmungen, die große Ähnlichkeit mit den römischen *obligationes naturales* aufweisen. Den natürlichen Verbindlichkeiten ist, ebenso wie den römischen *obligationes naturales*, der Mangel der Erzwingbarkeit gemeinsam. Letzteres Moment macht sich jedoch heut nicht in der intensiven Weise geltend wie im römischen Recht. Denn da die Möglichkeit gerichtlichen

[35]) Mot. I, S. 343 u. 370; II, S. 3, 106.

[36]) Vgl. Eck.-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB Bd. 1, S. 231, 233 Anm. 1.

Zwanges in der modernen Zeit für den Bestand einer Berechtigung nicht wesentlich ist (vgl. oben), sind die sogen. Naturalobligationen immerhin noch Obligationen,[37]) wenn auch unvollkommener Art. Von der Schuldnerseite aus gesehen, gleichen die natürlichen Verbindlickeiten ganz den vollkommenen Obligationen; auf der Gläubigerseite finden wir dagegen nicht die Möglichkeit gerichtlichen Zwanges, sondern nur die ungleich schwächere Aussicht, daß sich der Schuldner sittlich werde verpflichtet fühlen, die Leistung zu bewirken.[38]) Die Gründe aber, wegen deren den modernen und den römischen Naturalobligationen eine gewisse Unvollkommenheit anhaftet, sind in beiden Rechten durchaus verschieden. — Die überaus meisten und zugleich ursprünglichen römischen *obligationes naturales* waren unvollkommen wegen der dem römischen Recht eigentümlichen Statusverhältnisse (*status libertatis, status familiae*). Diese standen der gerichtlichen Geltendmachung jener Verbindlichkeiten, die äußerlich wahren *obligationes* glichen, hindernd entgegen, so daß sie zu *obligationes* minderen Rechts herabsanken. — Heutzutage sind jene besonderen *status* teils ganz verschwunden, teils kommt ihnen kein Einfluß auf die Wirksamkeit der Obligationen mehr zu. Im modernen Recht ist ausschließlich der Inhalt der Obligation maßgebend für die Bedeutung, die ihr beigelegt werden soll. So werden z. B. unwirtschaftliche Geschäfte, wie Spiel und Wette, zu Verbindlichkeiten von minderer Wirksamkeit herabgedrückt.[39]) — Der römischen *obligatio naturalis* ist die Möglichkeit der prozessualen Geltendmachung abgesprochen. Das Prozeßrecht läßt jenes schwache materielle Rechtsgebilde nicht voll zur Geltung kommen. — Im heutigen Recht[40]) trifft allein das materielle Recht Bestimmungen darüber, welche Bedeutung die einzelnen juristisch

---

[37]) Vgl. Klingmüller, die Lehre v. d. natürl. Verbindl. S. 261, 270 ff, der aber dasselbe auch von den römischen *obligationes naturales* annimmt.

[38]) Vgl. Klingmüller, a. a. O. S. 267.

[39]) Vgl. Klingmüller a. a. O. S. 254 f.

[40]) Vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 13 Note 22.

erheblichen Tatbestände haben sollen, z. B. §§ 656, 762, 764, 814, 1624 BGB. Das Prozeßrecht ist hier völlig ausgeschaltet. Die dargelegte Ansicht scheint aber in einem Falle einer Korrektur zu bedürfen. § 1394 BGB. schließt, wenigstens auf Zeit, die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs der Ehefrau aus, der sich auf die vom Manne geführte Verwaltung und Nutznießung am eingebrachten Gute bezieht. Die Vorschrift des § 1394 ist wohl, trotzdem sie im BGB. enthalten ist, eine rein prozessuale.[41]) Die *ratio* dieser Bestimmung dürfte die sein, daß der Gesetzgeber, wie auch sonst, die Erledigung von Streitigkeiten aus Rechtsverhältnissen, die auf einem gegenseitigen Vertrauen beruhen, wenigstens nicht vor Beendigung jenes Vertrauensverhältnisses im Wege des Prozesses zulassen wollte. Das materielle Recht erleidet durch die Norm des § 1394 keine Einbuße, was sich z. B. im Zinsenlauf und in der Aufrechenbarkeit zeigt.[42])

Diese Belege mögen hier genügen. Die innere Begründung dafür, daß jenes römische Verhältnis auf das heutige Privatrecht keinen Einfluß gehabt haben könne, wird, um Wiederholungen zu vermeiden, hinter der Besprechung der Bedeutung jenes Verhältnisses auf unser Prozeßrecht folgen, zu der wir uns nunmehr wenden.

II.

Unsere Prozeßgesetzgebung hat für die römische *actio* keinen technischen Ausdruck geschaffen. Desto mehr hat sich die Wissenschaft mit der Aufstellung eines entsprechenden Begriffs beschäftigt.

1. Die *actio* ist, wie wir sahen, das Recht auf gerichtliche Verfolgung, d. h. das Recht auf Niedersetzung eines *iudicium* zwecks Entscheidung des Begehrens. Dem scheint ein moderner Begriff zu entsprechen: das sogen. „abstrakte Klagrecht“ Degenkolbs.[1]) Nach ihm steht

---

[41]) So auch Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 125.

[42]) Vgl. Hellwig, a. a. O.

[1]) Degenkolb, Einlass.-Zwang u. Urteilsnorm.

jedem, der auch nur den Tatbestand eines für schutzwürdig erachteten Begehrens behauptet, ohne Rücksicht auf die Wahrheit seiner Erklärungen, die Befugnis zu, richterliche Entscheidung zu veranlassen. Ein Recht hierauf habe aber nur der Kläger, der wenigstens selbst sein Begehren für wahr hält (S. 33 ff.). Eine Verbesserung seiner Theorie sieht Degenkolb[2]) selbst in Bülows Lehre vom Prozeßrechtsverhältnis insofern, als Bülow „nicht schon vor dem Prozeß ein abstraktes subjektives Recht auf Klageerhebung statuiert", sondern erst mit der Klageerhebung. Erschienen die Parteien vor dem römischen Prätor, so kümmerte dieser sich nur um deren Behauptungen; ihre Wahrheit zu prüfen war die Aufgabe des *iudex*. Aber die *actio* unterschied sich von dem „abstrakten Klagrecht" durch zweierlei. Einmal hing, wie oben ausgeführt, die Zulassung zum *iudicium* vom pflichtmäßigen Ermessen des Prätors ab. Zweitens aber schrieben schon die Römer selbst nach Gewährung der *actio* dem Kläger ein Recht auf gerichtliche Verfolgung dann nicht zu, wenn er den Prätor auf Grund von unrichtigen — wenn auch vermeintlich wahren — Angaben zur *datio actionis* veranlaßt hatte: das *ius persequendi iudicio* war davon abhängig, daß tatsächlich etwas vorhanden war, *quod sibi debetur*.[3])

Einen von diesen Mängeln befreiten Begriff und zugleich eine entschiedene Verfeinerung stellt Wachs[4]) „Rechtsschutzanspruch" dar. Wohl ist das Gericht verpflichtet, auf jede Eingabe, die auch nur äußerlich den Erfordernissen einer Klagschrift genügt, einzugehen. Die Reichsverfassung (Art. 77) hat sichere Kautelen gegen Justizverweigerung geschaffen. Aber daraus ein Recht auch für den chikanösen Kläger konstruieren zu wollen, gliche beinahe einer Aufforderung zu kalumniösen Prozessen. Wachs Rechtsschutzanspruch ist „der publizistische Anspruch

---

[2]) Degenkolb, Arch. f. d. zivil. Prax., Bd. 103, S. 407.
[3]) Vgl. Bekker, in d. krit. Viertelj.-Schr., Bd. 20, S. 339—341.
[4]) Wach, Handb. I.

des Klägers bezw. des Beklagten auf Gewährung des prozessualen Rechtsschutzes" (Handb. Bd. 1, S. 19). Näher ausgeführt: ein Anspruch gegenüber dem Staate, ein vorhandenes Rechtsschutzinteresse zu befriedigen und zugleich gegen den Gegner die Schutzhandlung zu dulden. Der Kläger resp. Beklagte habe in jedem konkreten Falle einen bestimmten Rechtsschutzanspruch, dessen Gestalt sich nach der Art des Begehrens richte (S. 21). Diese Theorie brachte einen bedeutenden Fortschritt. Anspruch auf Rechtsschutz hat nach ihr nur, wem ein rechtliches Interesse zur Seite steht. Auch die chikanöse Klage enthält einen Rechtsschutzanspruch. Bei ihr hat der Beklagte den Anspruch auf Abweisung der Klage (S. 19). — Dieser Rechtsschutzanspruch, den Wach auch auf das römische Recht überträgt (S. 26), weicht deutlich von der römischen *actio* ab. Ein öffentliches Recht auf Duldung der Rechtsschutzhandlung steht mit der römischen Anschauung im Widerspruch. Ursprünglich schlossen die Parteien vor dem Prätor einen Vertrag, mit der Entscheidung des *iudex* einverstanden sein zu wollen.[5]) Allmählich mag sich die reine Vertragsnatur verflüchtigt haben; aber ein rein öffentliches Recht auf Duldung stand dem Kläger in Rom nie zu.[6])

Als wesentliche Verbesserung der Wach'schen Theorie ist wohl das „Klagrecht" Hellwigs[7]) anzusehen. Dieser Autor verbannt das publizistische Recht gegen den Beklagten auf Duldung der Rechtsschutzhandlung.[8]) Es erfolge ja mitunter ein starker Eingriff in die Sphäre des Beklagten zu Gunsten des Klägers. Doch sei er nur eine notwendige Konsequenz der Pflicht des Staates, Rechtsschutz zu gewähren.

Die Theorie vom Rechtsschutzanspruch mit ihren verschiedenen Abänderungen und Verfeinerungen ist wohl

---

[5]) Vgl. Dernburg, Pand. I, § 128.

[6]) Vgl. Fischer, Recht u. Rechtsschutz, S. 66/67.

[7]) Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 145 ff.; Lehrb. d. Ziv.-Prozr., Bd. 1, S. 146 ff.

[8]) Ebenso Stein, Über d. Vorauss. d. Rechtsschutzes, S. 3.

heut als die herrschende zu bezeichnen. Der Grundgedanke der Wach'schen Lehre, daß dem privatrechtlichen Anspruch ein rein öffentlichrechtlicher Anspruch gegen den Staat gegenüber zu stellen sei, hat allgemeine Anerkennung gefunden. Nur wird das Erfordernis eines konkreten wandelbaren Rechtsschutzanspruchs bestritten. — Davon ausgehend, daß Wach zur Einführung seines Begriffs hauptsächlich deshalb bestimmt worden sei, um den Feststellungsanspruch unterbringen zu können, bestreitet Leonhard[9]) die Notwendigkeit jenes Gebildes. Der Feststellungsanspruch falle unter den Anspruch im Sinne des BGB. (vgl. oben). — Aus anderen Gesichtspunkten leugnet Fischer[10]) das Erfordernis, mithin auch die Existenzberechtigung des konkreten Rechtsschutzanspruchs. Es sei nur eine der Aufgaben jedes geordneten Staatswesens, dem Untertan zur Durchsetzung von Rechten zu verhelfen. Der Staat unterziehe sich dieser Pflicht, indem er eine Gerichtsorganisation schaffe und dem Richter die Pflicht auferlege, auf das Begehren der Rechtsschutzsuchenden einzugehen. Letzteren könne man nur das allgemeine Recht[11]) zusprechen, daß das Gericht zur Gewährung des Rechtsschutzes seine Tätigkeit entfalte. Ihnen auf die konkreten Rechtsschutzhandlungen gerichtete Ansprüche zugestehen zu wollen, sei unrichtig und dazu unnötig. Die Aufstellung eines Systems von Rechtsschutzansprüchen sei daher verfehlt. Sie enthalte — vielleicht unbeabsichtigte — Anklänge an das römische Aktionen-System, von dem sich unsere Rechtsordnung losgesagt habe. — Dieser letzteren Ansicht möchte ich mich anschließen. Der Rechtsschutzanspruch, der so verschiedene Wandlungen durchmachen und uns in so mannigfaltiger Gestalt begegnen soll, erscheint als gekünsteltes Wesen. Dazu ist nicht recht einzusehen, inwiefern die Aufstellung jenes Begriffs fördernd wirken sollte. Schreibt

[9]) Leonhard, Ztschr. f. dtsch. Zivilprozeß, Bd. 15, S. 360.

[10]) Fischer, Ztschr. f. dtsch. Zivilprozeß, Bd. 10, S. 428.

[11]) Gegen dies. Recht: Kohler, Der Proz. als Rechtsv., § 3; derselbe, Grünh. Ztschr., Bd. 14, S. 39.

man auch dem einzelnen im heutigen Staatswesen ein Recht gegen den Staat auf Rechtsschutz zu, so würde man doch durch Zuerkennung eines Anspruchs auf die einzelnen Rechtsschutzhandlungen dem Individuum eine ungebührliche Stellung gegenüber dem Staat einräumen.

2. Schon die vorstehende Erörterung ließ wenig Aussicht übrig, daß das römische Verhältnis von *actio* und *obligatio* für das heutige Prozeßrecht noch Bedeutung haben sollte.

Der moderne Staat setzt Gerichte ein zum etwa erforderlichen Schutze der von ihm als rechtmäßig anerkannten Interessen. Die Gerichte stehen wie die Parteien unter dem Gesetze. Der Richter hat durch Aufstellung eines Syllogismus die allgemeinen Normen auf den konkreten Fall anzuwenden. Ein Einfluß auf die Gewährung oder Versagung des Rechtsschutzes steht ihm nicht zu. Das Gesetz zieht für ihn enge Grenzen. Auslegung und Analogie gestatten ihm nur eine geringe Einwirkung. Der Rechtsschutz ist heut ein allgemeiner.[12]) Was rechtsschutzwürdig sei, ist durch das Privatrecht normiert. Von einem Einfluß des Gerichts ist unser materielles Recht befreit. Letzteres tritt bei uns stark in den Vordergrund. Die gerichtliche Verfolgbarkeit erscheint uns als selbstverständlich, wenn das Privatrecht uns eine Berechtigung zuerkennt.[13]) Es bedarf der besonderen Hervorhebung durch das Gesetz selbst, wenn der gerichtliche Schutz fehlen soll[14]) (vgl. z. B. § 1297 BGB.). — Anders im römischen Recht. Hier hatte der Prätor die Entscheidung über die Gewährung des Rechtsschutzes. Dieser war keineswegs unmittelbar auf Grund einer Gesetzesnorm zu erlangen.[15]) Er hing vom pflichtmäßigen Ermessen des Magistrats ab. Daraus ergab sich das oben geschilderte Uebergewicht der *actio* gegenüber der *obligatio*.

---

[12]) Vgl. Fischer, Recht u. Rechtssch., S. 67.

[13]) Vgl. Fischer, Lehrb. d. preuß. Privatr., S. 41; v. Tuhr, Allgem. Teil 1, S. 258.

[14]) Vgl. RG., Bd. 25, S. 348; Mot. z. BGB. I, S. 357.

[15]) Vgl. Fischer, Recht u. Rechtssch., S. 66.

Die *actio* war selbständiges Organ der Rechtsordnung, unabhängig von einem Recht (vgl. oben).[16]) Dies kann man von dem Anspruch auf Rechtsschutz nicht behaupten. Die Leistungsbegehren — und diese kommen ja für unser Thema nur in Betracht — müssen sich stets auf ein materielles Recht, insbesondere ein Forderungsrecht, stützen. Trotz dieser Abhängigkeit des Anspruchs auf Rechtsschutz von einem materiellen Recht muß man streng daran festhalten, daß diese beiden Begriffe heterogener Natur sind.[17]) Alle die oben (S. 9, 10) angeführten Theorien, nach welchen das Recht auf gerichtlichen Schutz und das materielle Recht nur verschiedene Erscheinungsformen oder gar identische Begriffe sein sollten, sind wie für das römische Recht, so auch für das heutige Recht verfehlt. Die materielle Berechtigung ist als Privatrecht scharf von dem rein öffentlichrechtlichen Anspruch auf Rechtsschutz zu trennen.

III.

Die innere Begründung der Tatsache, daß unser modernes Recht, welches doch sonst so viel Nutzen aus römischen Anschauungen gezogen hat, hier auf so grundsätzlich anderem Standpunkte steht, liegt in der Entwicklung des Rechts, die nach Raum und Zeit differiert. Deshalb ist auch schon im römischen Recht einiges Gewicht auf die verschiedenen Phasen des Rechts gelegt worden Der Vergleich des römischen Rechts mit dem unseren wird die bei weitem eigentümlichere Gestaltung des ersteren darlegen, weshalb ihm auch längere Zeit gewidmet worden ist. Wäre hier ein Vergleich des zur Zeit Justinians herrschenden Rechts mit dem heutigen vorzunehmen, so würde sich weit größere Uebereinstimmung zeigen. Das frühere Hineintragen moderner Ideen in das alte Recht mag durch die größere Aehnlichkeit des spätrömischen Rechts mit dem unseren begünstigt worden sein.

[16]) Vgl. Bekker, Ztschr. f. d. Savigny-Stift., Bd. 24 (rom. Abt.), S. 357.

[17]) Vgl. Hölder, Komm. z. BGB. z. § 194, S. 409; Hellwig, Anspr. und Einr., S. 147 u. 148.

Als Gründe für die abweichende Auffassung des Verhältnisses von *actio* und *obligatio* im römischen und heutigen Recht kommen hauptsächlich zwei Gesichtspunkte in Betracht: 1. der Unterschied in der Struktur des römischen und des heutigen Prozeßverfahrens und 2. die Verquickung gesetzgeberischer und richterlicher Funktionen im römischen Recht und die grundsätzliche Trennung dieser Funktionen im modernen Recht.

1. Das römische Prozeßverfahren ist durch seine Zweiteilung gekennzeichnet; die Grenzscheide bildet die *litiscontestatio*. Der erste Teil des Verfahrens (*in iure*) vor dem Prätor stellte einen Streit um die Gewährung einer *actio* und somit zugleich einen Streit um die Anerkennung des Begehrens als eines rechtlich begründeten dar. Im zweiten Teile des Verfahrens *(in iudicio)* dagegen war es Aufgabe des *iudex*, zu prüfen, ob das Vorhandensein der vom Prätor in der *formula* aufgestellten Voraussetzungen der *condemnatio* erweisbar sei. Mitbestimmend für diese Gestaltung des römischen Prozeßverfahrens auf seinen beiden ersten Stufen war wohl der Umstand, daß jener erste Teil des Verfahrens sich in allen Prozessen vor demselben Magistrat abspielte, der wegen seines umfangreichen Arbeitsfeldes nicht in der Lage war, die Richtigkeit der behaupteten Tatsachen zu prüfen. Dieser Grund kam im dritten Stadium des römischen Prozeßverfahrens zwar in Wegfall, da seit Diocletian die Magistrate selbst zugleich die Funktionen der *iudices* verrichteten. Allein man behielt auch jetzt die *litiscontestatio* bei und in der Zustellung eines Klaglibells an den Gegner und in der Aufnahme des Prozesses durch den Beklagten (dadurch, daß er den Anspruch nicht anerkennt)[1]) sah man einen Ersatz für das frühere Verfahren *in iure*. Dieser Gestaltung des römischen Prozeßverfahrens entsprach die innige, untrennbare Verbindung der Klage mit dem Recht. Klagen im römischen Sinne bedeutet: um die gerichtliche Anerkennung eines Begehrens als eines

[1]) Vgl. Wetzell a. a. O., § 14, S. 120.

rechtlich begründeten und damit zugleich als gerichtlich durchsetzbaren bitten.

Dem ursprünglichen deutschen Recht war die römische Zweiteilung des Verfahrens unbekannt. Der Vortrag, mit dem der Kläger vor Gericht gegen den Beklagten auftrat, enthielt schon frühzeitig Behauptungen tatsächlichen Inhalts; mit der Zeit erstreckte er sich auf alle klagbegründenden Tatsachen. Bestimmend hierfür war der Umstand, daß man im deutschen Recht größeren Wert darauf legte, dem Richter von vornherein die Möglichkeit einer Prüfung des konkreten Begehrens zu gewähren [2]) Dem eindringenden römischen Recht gegenüber konnte sich diese Gestaltung der Klage nicht halten.[3]) Im sog. römisch-kanonischen Prozeßverfahren finden wir die römische *litiscontestatio* und den Klaglibell in ihrer alten Gestalt wieder. Der Klaglibell enthält ganz wie der justinianische nur die Bitte um Zubilligung eines behaupteten Rechts. Eine Prüfung der klagebegründenden Tatsachen, die der Kläger hier abweichend vom römischen Recht in einzelne Streitsätze zergliedert vorbringen mußte (sog. Positionsverfahren) erfolgte erst nach der *litiscontestatio.* Immerhin kam das angedeutete deutschrechtliche Bestreben insofern zur Geltung, als von jeher — im Widerspruch mit dem römischen Recht — die in einzelne *articuli* zergliederten Klagetatsachen schon in den Klaglibell aufgenommen werden konnten. Diese Möglichkeit diente der Abkürzung des Verfahrens; denn mußten auch bei einer artikulierten Klage die Streitsätze ebenfalls nach der *litiscontestatio* vorgebracht werden, so genügte in diesem Falle die bloße Wiederholung der Artikel.[4]) Dieses Verfahren wurde durch die Reichskammergerichtsordnungen übernommen und fortgebildet. Den ersten weiteren Schritt unternahm der Reichsabschied von 1570, der es in den §§ 88 und 89 dem

---

[2]) Vgl. Planck, Lehrb. d. dt. ZPR., Bd. 2, 1, S. 20, 21.

[3]) Außer im Gebiet des sächsischen Rechts, vgl. Planck a. a. O.

[4]) Vgl. Wetzell a. a. O. § 71 S. 971; Hinschius, im Archiv. f. d. zivil. Praxis, Bd. 47, S. 126.

Kläger zur Pflicht macht, die Artikel schon in den Klaglibell aufzunehmen, falls er nicht nach der *litiscontestatio* vom Artikulieren ausgeschlossen sein wollte. Den Abschluß dieser Entwickelung bilden die Bestimmungen des Jüngsten Reichsabschiedes von 1654.[5]) In § 34 beseitigte dieses Gesetz das Artikulieren wieder; der Klaglibell sollte von nun an eine bloße schlichte Darstellung der klagebegründenden Tatsachen enthalten.[6])

Diesem Entwickelungsgange ist das moderne Recht gefolgt. Auch heute stellt die Klage einen einfachen Vortrag der Tatumstände dar, auf die der Kläger sein Begehren stützt. Dies nimmt wenigstens die in Theorie und Praxis wohl als herrschend zu bezeichnende Auffassung (sog. Substantiierungstheorie) an.[7]) Demgegenüber begnügt sich die sog. Individualisierungstheorie[8]) — in Anlehnung an die römische Anschauung — mit der bloßen Angabe des Rechtsverhältnisses durch Benennung des Klagegrundes.

Die dargetane verschiedene Auffassung der Klage im römischen und heutigen Recht mußte zur Folge haben, daß sich das Verhältnis von *actio* und *obligatio* für das heutige Recht als bedeutungslos darstellte. Ein derart inniger Zusammenhang der Klage mit dem Recht, wie ihn die Struktur des römischen Prozeßverfahrens bedingte, ist dem modernen Rechte fremd. Klage und Recht stehen heut einander getrennt und selbständig gegenüber.

2. Als der Prätor in seinen erweiterten Arbeitskreis eintrat, fand er ein starres unabänderliches und daher häufig hinter der Zeit zurückgebliebenes Recht vor. Überall zeigten

---

[5]) Vgl. Wetzell a. a. O. § 14 S. 122, § 71 S. 972; Hinschius a. a. O. S. 127.

[6]) Vgl. JRA. § 34: Eingereicht werden muß die Klage „nicht Artikuls-, sondern allein summarischer Weise, darinnen das Faktum kurtz und *nervose*, jedoch deutlich, *distincte* und klar" angegeben ist.

[7]) Vgl. RG. Bd. 10, S. 434, Bd. 11, S. 242; Planck a. a. O., Bd. 1, S. 260; Gaupp-Stein, Komm. zur ZPO., Note III, 3 zu § 253.

[8]) Anhänger: Wach, Vorträge 19. Fitting, Lehrbuch § 47; R. Schmidt, Lehrbuch 377.

sich Lücken, die vorhandenen Normen waren häufig als hart empfunden worden. — Unsere Rechtsordnung dagegen ist das Ergebnis einer langdauernden Entwicklung, lang bewährt durch die Praxis und gefördert durch die Wissenschaft. So stellt sie, relativ genommen, ein umfassendes Rechtssystem dar, das nur allmählich mit Rücksicht auf die Ausbreitung des Verkehrs der Fortbildung bedarf.

Dies bildet den Ausgangspunkt der verschiedenen Gestaltung. Dem primitiven römischen Recht war mit der reinen Gesetzgebung nicht zu helfen. Es lag zu sehr im argen, als daß man mit einer Gesamtgesetzgebung hätte auskommen können. Man schlug daher den umgekehrten Weg ein: das Recht sollte aus den einzelnen Fällen des Lebens herauswachsen. Dadurch wurde erreicht, daß sofort der einzelne Prozeß nach Billigkeit entschieden werden konnte, während eine Kodifikation lange Zeit in Anspruch genommen hätte. Ferner war die Möglichkeit der Anpassung an den einzelnen Fall eine äußerst weitgehende. Da die Praxis ja am besten die Mängel aufwies, war auf diesem Wege die energischste Vervollkommnung des Rechts sicher. Und der Mann, der zu solchem Schaffen als der geeignetste erscheinen mußte, war der Prätor. Es wurde ihm neben seiner gerichtlichen Tätigkeit eine Art gesetzgeberischer Befugnis zum Erlaß eines Edikts, aber darüber hinaus noch für den einzelnen Fall erteilt. Der Prätor vereinigte so eine große Machtfülle in seiner Person, wie sie unter drängenden Verhältnissen angebracht erscheinen mag. — Die moderne Zeit dagegen ist derartigen Konzentrationen von Machtbefugnissen abhold; in der Trennung der Gewalten erblickt sie ihr Ideal. So besteht bei uns eine scharfe Sonderung der gesetzgebenden und der richterlichen Funktionen. Wesentlich begünstigt wird dieses Streben dadurch, daß in dem modernen Recht die allgemeine Gesetzgebung ausreicht, um auftretende Mängel abzustellen. Bei uns steht der Richter unter dem Gesetz; er hat es nur anzuwenden, es bildet für ihn eine unüberschreitbare Schranke.

Jene Stellung des Prätors brachte, wie leicht erklärlich, eine Verschmelzung des Privat- und des Prozeßrechts mit sich. Doch glich das Produkt mehr einem Prozeßrecht als einem Privatrecht. Der Prätor schuf Normen nur für sein gerichtliches Verfahren. Das Ergebnis waren *actiones*, die das Privatrecht nur mittelbar fortbildeten.[9]) Das Prozeßrecht machte einen Fortschritt; das Privatrecht verkümmerte. — Anders in unserem Recht. Der Gesetzgeber hat nicht zugleich richterliche Funktionen, welche seine Tätigkeit beeinflussen könnten. Von der Erwägung ausgehend, daß das Ideal der Rechtsverwirklichung die freiwillige Erfüllung sei, und diese auch die Regel bilde, wird er Normen aufstellen, aus denen die einzelnen ihre Rechte und Pflichten ersehen können. Er wird ein Rechtssystem aufstellen, welches in den meisten Fällen schon für sich Kraft genug besitzt, die Erfüllung zu erwirken. Das Aufblühen des Verkehrs erfordert es immer mehr, daß einer der Ehrlichkeit des anderen bei Abschluß von Geschäften trauen kann und das ihm Gebührende nicht im gerichtlichen Wege abzustreiten braucht. Freilich wird es immer Widerstrebende geben. Um auch gegen deren Willen dem Berechtigten zur Leistung zu verhelfen, muß der Gesetzgeber auch das gerichtliche Verfahren zur Herbeiführung der Erfüllung regeln. Hieraus dürfte sich für die heutige Rechtsordnung zweierlei ergeben: die grundsätzliche Trennung des Privat- und des Prozeßrechts, sodann die sekundäre Natur des Prozeßrechts.[10])

Der römischen Verquickung von Prozeß- und Privatrecht entsprach die Verschmelzung materieller und prozessualer Begriffe, wobei das entstehende Gemisch stark prozessual gefärbt sein mußte. So griff die *actio* auf das Gebiet des Privatrechts über. Unter der Macht ihres Schöpfers dehnte sie sich auf Kosten der *obligatio* stark

---

[9]) Vgl. Brinz, Krit. Viertelj.-Schr., Bd. 11, S. 484.

[10]) Vgl. Fischer, Recht und Rechtssch., S. 10; Klingmüller, die Lehre v. d. natürl. Verbindl., S. 264 f.

aus. Dem Römer mag sie als einheitliches Institut erschienen sein. Uns erscheint sie als Inbegriff heterogener Elemente: als prozessuale Klagbefugnis und zugleich als materielles Leistungsbegehren. Die *obligatio*, ein Institut des reinen Privatrechts mußte mit diesen verkümmern. — Das moderne Recht, mit seiner Trennung von materiellem und formellem Recht, kann solche Zwittergebilde wie die *actio* nicht brauchen. So fundamental gegen unsere Auffassung verstoßenden Begriffen gegenüber war eine bloße Umbildung nicht am Platze; es mußte Ersatz geschaffen werden. Bei der *obligatio* dagegen genügte eine Fortbildung. Ein das römische Verhältnis von *actio* und *obligatio* umfassendes modernes Verhältnis zu finden, mußte von vornherein aussichtslos erscheinen. Für *actio* mußte ein privatrechtlicher und ein prozessualer moderner Begriff gesucht werden. Es konnte nicht ausbleiben, daß unser heutiges privatrechtliches Verhältnis mit dem römischen unvereinbar war; enthielt doch der Anspruch das die *actio* bestimmende Element des Gerichts nicht. Aber auch für das moderne Prozeßrecht wurde es bald klar, daß jenes römische Verhältnis nicht paßte: die Gewährung des Rechtsschutzes hing im alten Recht von dem pflichtmäßigen Ermessen des Prätors ab, während sie sich heute direkt auf das Gesetz stützt. Die Betrachtung für das heutige Recht glich der Zerlegung eines einheitlichen Verhältnisses in zwei neue durch Spaltung des Zählers (der *actio*). Dieses Unternehmen mußte aber mißglücken, da der Zähler nicht eine einfache Summe von aneinander gereihten Bestandteilen, sondern einen Organismus darstellte, der durchschnitten sein Wesen einbüßte

C.

So ist nun das Resultat der Arbeit rein negativ. Dennoch kann man die römische Auffassung nicht als ungesunde hinstellen, von der wir uns freigemacht hätten.[1]) Vom Standpunkt der Römer aus war sie gesund und vernünftig. Als die Römer jener glücklichen Erfindung nicht mehr bedurften, haben sie sich von ihr frei gemacht. Wir haben etwas der Prätur Vergleichbares nie besessen. Der Gang der allgemeinen Gesetzgebung genügt uns für die Vervollkommung des Rechts. Immerhin dürften auch heut die Fälle gar nicht so selten sein, wo die römische Vereinigung legislatorischer und richterlicher Funktionen am Platze wäre. Trotz aller Umsicht des Gesetzgebers und der Erfahrung früherer Zeiten weisen die Gesetze häufig Mängel auf, die zu beseitigen der Richter auch mit Hilfe der Auslegung und der Analogie nicht imstande ist. Auf der anderen Seite öffnet unsere allgemeine weitgehende Gewährung des Rechtsschutzes der Streitsucht der Parteien Tor und Tür.[2]) Doch diese Nachteile erscheinen uns verschwindend klein gegenüber der großen Errungenschaft: der unbeschränkten Garantie des Rechtsschutzes.

---

[1]) Wie es Crome, Syst. d. dtsch. bürg. R., Bd. I., S. 180, Anm. 10tut.
[2]) Vgl. Schott, a. a. O., S. 146.

Lebenslauf.

Am 9. April 1889 wurde ich, Gerhard Sperling, in Malapane, Kreis Oppeln, als Sohn des Kgl. Hüttenamts-Sekretärs Wilhelm Sperling und seiner Ehefrau Ottilie, geb. Mauersberger, geboren. Ich bin evangelischen Glaubensbekenntnisses und preußischer Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1900 bis Ostern 1902 besuchte ich das Kgl. Gymnasium in Gleiwitz OS.; von 1902 bis 1908 gehörte ich dem Gymnasium zu St. Maria Magdalena in Breslau an. In den Jahren von 1908 bis 1911 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Breslau. Am 17. November 1911 bestand ich die erste juristische Prüfung und am 15. Dezember 1911 das mündliche Doktorexamen. Gegenwärtig bin ich am Kgl. Amtsgericht in Ohlau als Referendar beschäftigt.